This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

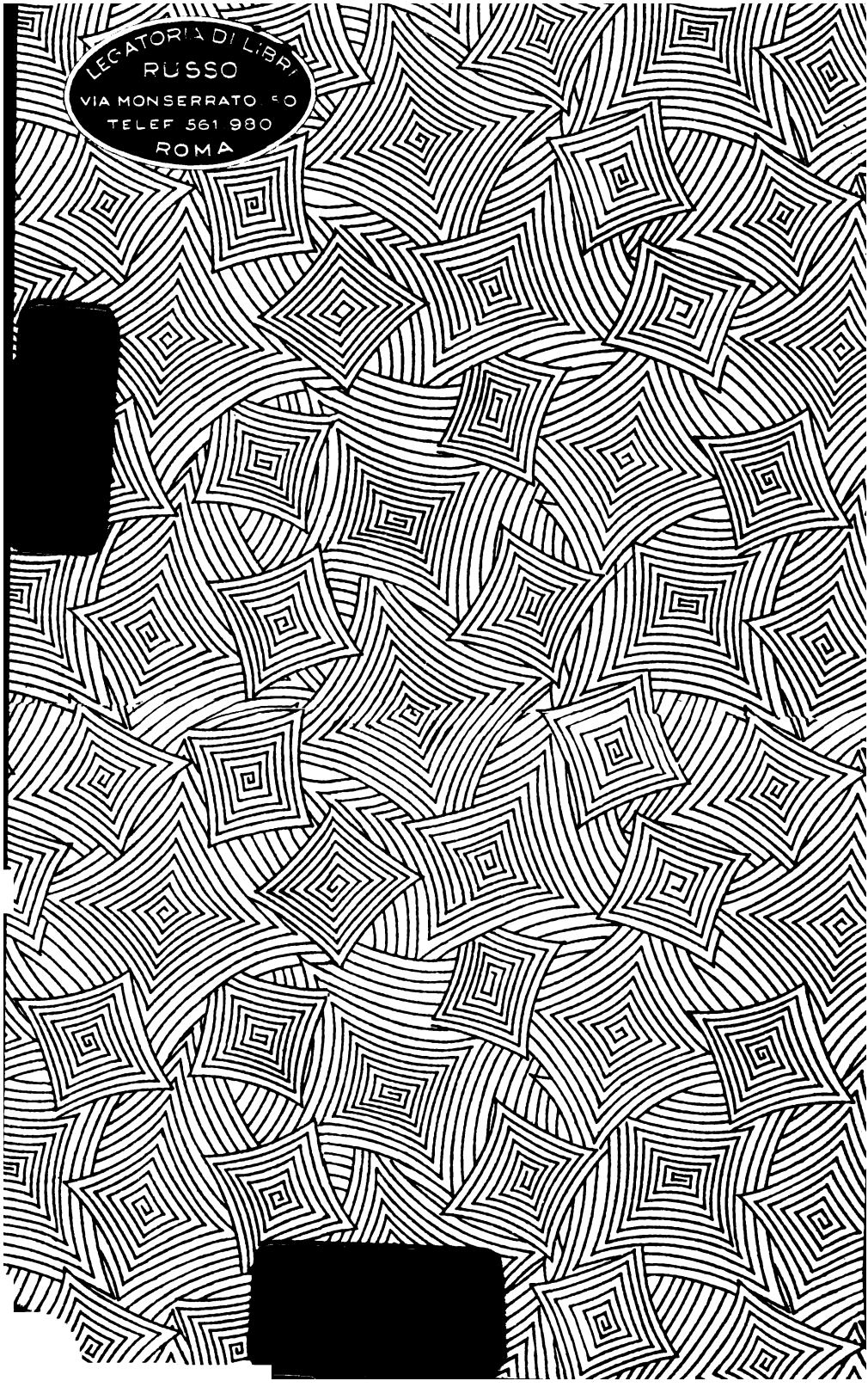
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

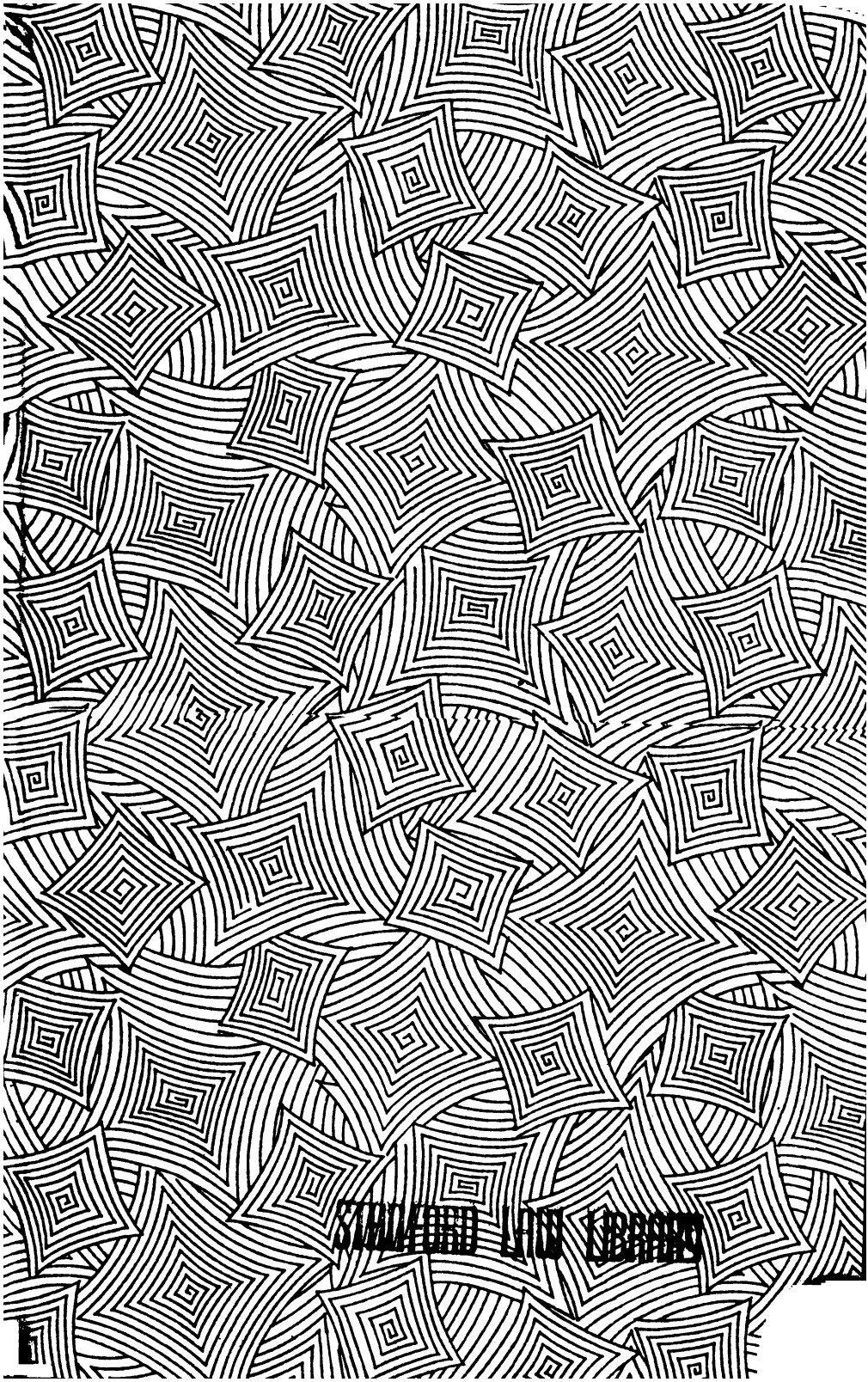
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


LEGATORIA DI LIBRI
RUSSO
VIA MONSERRATO 50
TELEF 561 980
ROMA


STANFORD LAW LIBRARY

JUS
LSG
Blu

Ueber

Resolutivbedingungen

und

Endtermine.

Eine civiliſtiſche Abhandlung

von

Dr. jur. Friedrich Schulin,
ordentlichem Profeſſor an der Univerſität zu Baſel.

Marburg.
Verlag der N. G. Elwert'ſchen Univerſitätsbuchhandlung.
1875.

Druck der N. G. Elwert'schen Universitätsbuchdruckerei.

Inhaltsangabe.

Erster Abschnitt.

Von Resolutivbedingungen.

Seite.

Erstes Kapitel.

Vom Begriff der Bedingung im allgemeinen und der Resolutivbedingung insbesondere 1

Zweites Kapitel.

Consequenzen aus dem aufgestellten Begriff der Resolutivbedingung und Nachweis der Anerkennung dieser Consequenzen in den Quellen des römischen Rechts 58

I. Resolutivbedingtes Kaufgeschäft 70

II. Resolutivbedingte Stipulationen 76

III. Die Resolutivbedingung bei der Eigenthumsübertragung unter Lebenden 80

Drittes Kapitel.

Interpretation der scheinbar widersprechenden Stellen 110

I. l. 29. de m. c. d l. 14. eod. c. 1. de don. quae sub modo. c. 15. de don. ant. nupt. 111

II. l. 13. de pign. act. 113

III. Vat. fr. 6. l. 9. de serv. export. l. 56. de contr. emt. c. 1. si servus export. ven. c. 2. eod. c. 1. si mancipium ita venierit. l. 7. qui sine manumissione . . 115

IV. Eine Reihe von lex commissoria, in diem addictio und pactum displicentiae redender Stellen 118

1. die von lex commissoria redenden Stellen . . . 140

2. die von in diem addictio redenden Stellen . . . 158

3. die vom pactum displicentiae redenden Stellen . 179

IV.

Zweiter Abschnitt.

Von Endterminen.

Erstes Kapitel. Seite.

Von dem Begriff des Termins und des Endtermins insbesondere 186

Zweites Kapitel.

Behandlung des Endtermins bei einzelnen Rechtsgeschäften . . . 194

I. Endtermin bei Eigenthumsübertragungen unter Lebenden 194

II. Endtermin bei Eigenthumsübertragungen durch Verhältnisse 199

III. Endtermin bei der Bestellung von jura in re aliena

1. bei der Bestellung eines Ususfructs 202

2. bei der Bestellung von Prädialservituten . . . 207

3. bei der Bestellung eines Pfandrechts. 208

4. bei der Bestellung einer Emphyteusis oder einer Superfizies. 209

IV. Endtermin bei der Eingehung von Stipulationen . . 210

V. Endtermin bei der Anordnung eines Damnationslegats 212

VI. Endtermin bei Eingehung einer societas und eines Mandats 212

VII. Endtermin bei Eingehung eines nudum pactum . . 213

VIII. Endtermin bei Einräumung eines precarium . . . 213

IX. Endtermin bei Erbeseinsetzungen 213

X. Endtermin bei der testamentarischen Ernennung eines Tutors. 214

XI. Endtermin bei einer Adoption 215

Sinnentstellender Druckfehler.

S. 5 Z. 13 lies: seinen, statt: seiner.

Erſter Abſchnitt.

Von Reſolutiv-Bedingungen.

Erſtes Kapitel.

Vom Begriff der Bedingung [1]) im allgemeinen und der Reſolutivbedingung insbeſondere.

Die prinzipalſten Vorausſetzungen für das Zuſtandekommen eines Rechtsgeſchäfts ſind die beiden, daß eine oder mehrere Perſonen den Willen haben, das Rechtsgeſchäft zu Stande zu bringen, und daß ſie dieſen ihren Willen erklären. Ein nicht erklärter Wille, und eine Erklärung, der kein Wille entſpricht, ſind nie im Stande, ein Rechtsgeſchäft zu erzeugen.

[1]) Ueber den Begriff der Bedingung ſind namentlich folgende Schriftſteller zu vergleichen: Savigny, Syſtem III. p. 120 sqq., Arndts, Pandekten, §. 66 sqq., Windſcheid, Pandekten, §. 86 sqq., Brinz, Pandekten, §. 326 sqq. und die von dieſen Schriftſtellern zitierten; beſ. Unger, Oeſterr. Privatrecht II. §. 82 und Oeſterr. Erbrecht §. 16 Anm. 3. Windſcheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung. Fitting, im Archiv für civ. Praxis XXXIX. p. 305 sqq. Eiſele, ebendaſ. L. p. 253 sqq. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbeſtimmungen bei Rechtsgeſchäften. Enneccerus, Ueber Begriff und Wirkung der Suſpenſiv-Bedingung und des Anfangstermins. Wendt, Die Lehre vom bedingten Rechtsgeſchäft. Köppen, der obligatoriſche Vertrag unter Abweſenden p. 6 sqq. Jhering, in Jahrb. f. Dogmatik. X. p. 493 sqq. — Ich werde im folgenden die Conſentienten und Diſſentienten zu einzelnen Punkten meiner Darſtellung regelmäßig nicht zitieren.

In den meisten Fällen nun, wo ein Wille behufs Erzeugung eines Rechtsgeschäfts erklärt wird, hat die Willenserklärung den Inhalt, daß das Rechtsgeschäft sofort und jedenfalls und für immer erzeugt werden soll: der rechtserzeugende Wille wird also dargestellt als ein solcher, der jedenfalls vorhanden ist, und der stets gelten will, soweit dieß natürlich nach physischen und juristischen Gesetzen möglich ist. Manchmal aber kommt es vor, daß der Inhalt der Willenserklärung kein so unbedingter und steter ist. Es sind hier drei einfache Modifikationen möglich, und ferner Combinationen dieser einfachen Modifikationen. Die einfachen Modifikationen sind:

1. Die Erklärung geht dahin, der Wille wolle nicht sofort die möglichen Wirkungen erzeugen, sondern erst später.

2. Sie geht dahin, er wolle diese Wirkungen zwar sofort erzeugen, aber nicht für immer.

3. Sie geht dahin, ein Rechtsgeschäft solle nicht unter allen Umständen, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen erzeugt werden.

Im ersten und zweiten Fall sagt man, die Willenserklärung sei abgegeben mit Hinzufügung eines Anfangs- oder Endtermins; im dritten Fall sagt man, die Willenserklärung sei eine bedingte. Combinationen dieser Modifikationen sind in der Weise denkbar, daß entweder eine rechtliche Wirkung keineswegs sofort, aber in Zukunft auch nicht unter allen Umständen erzeugt werden soll; oder daß sie zwar sofort erzeugt werden soll, unter Umständen aber nicht für immer. Dieß ist meistens der Fall, wenn ein dies incertus a quo oder ein dies incertus ad quem gesetzt ist.

Wer seinen Willen unter einer reinen Bedingung erklärt, bekundet, daß, wenn er überhaupt wolle, er jetzt wolle. Wer z. B. einen Garten unter der Bedingung verkauft, daß der Käufer binnen Jahresfrist definitiv an den Ort versetzt werde, wo der Garten gelegen ist, und ihn unter der entgegengesetzten Bedingung auf ein Jahr an dieselbe Person verpachtet, der will gewiß nicht, daß, wenn die betreffende Person binnen Jahresfrist nicht an den betreffenden Ort versetzt wird,

die Pacht erſt anfange in dem Augenblick, wo das erſte Jahr abgelaufen ſei, und daß er für das ganze erſte Jahr, wo der Pachter vielleicht ſchon im Beſitz und Genuß des Gartens war, kein Pachtgeld bekomme, und ebenſo will er gewiß nicht, daß, wenn die betreffende Perſon binnen Jahresfriſt an den betreffenden Ort verſetzt wird, aber ſchon vorher im Beſitz und Genuß des Gartens geweſen iſt, ihm erſt Zinſen von dem Kaufgeld bezahlt werden von dem Augenblick an, wo der Käufer an den betreffenden Ort definitiv verſetzt iſt. Und umgekehrt kann der eventuelle Pachter oder Käufer unmöglich wollen, daß, wenn er am letzten Tag des betreffenden Jahres von ſeiner proviſoriſchen Stellung abberufen wird, er nun noch ein ganzes Jahr Pachtvertrag aushalten müſſe, oder daß er, wenn er am letzten Tag des betreffenden Jahres definitiv an den betreffenden Ort verſetzt würde, alle in dieſem Jahr von ihm gezogenen Früchte herausgeben müſſe, weil er für dieſes Jahr weder Pachter noch Käufer geweſen ſei. Oder ein anderes Beiſpiel: Wer eine Summe Geldes hingiebt mit der Beſtimmung, daß der Empfänger ſie als Darlehn haben und mit 5 pCt. verzinſen ſolle, für den Fall, daß er den Titius beerben werde, daß er andernfalls aber das Geld als Schenkung behalten ſolle, der will gewiß nicht, daß, falls der Empfänger den Titius beerbt, Zinſen ihm erſt von dem Augenblick der Beerbung an gezahlt werden ſollen, ſondern gewiß will er Zinſen von dem Augenblick an haben, wo er das Kapital hingegeben hat.

Der Wille iſt ein Erzeugniß von Erwägungen. Welche Thatſachen der erwägende bei ſeinen Erwägungen in Berückſichtigung ziehen will, hängt vollſtändig von ſeiner freien Wahl ab. Der Beſtand der Thatſachen, welche der erwägende ſeiner Berückſichtigung für werth hält, kann ihm entweder vollſtändig bekannt ſein, oder er kann in Betreff der Exiſtenz oder Nichtexiſtenz einzelner dieſer Thatſachen Zweifel hegen. Im erſten Fall iſt er im Stande, ſofort einen definitiv entſchiedenen Willen zu erklären; nicht ſo im anderen Fall. Die Unkenntniß, die hier in Betreff der Exiſtenz oder Nichtexiſtenz einzelner

Thatsachen bei ihm obwaltet, kann ihren Grund haben entweder in eigner subjektiv mangelhafter Erkenntniß, oder in der Unerkennbarkeit der Existenz der Thatsache. Diese Unerkennbarkeit kann dann wieder eine absolute, nie zu hebende sein, oder sie kann eine heilbare sein. Trotz der bei ihm obwaltenden Unbekanntschaft mit der Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache, die er bei seinen Erwägungen zu berücksichtigen für nothwendig hält, ist er aber doch schon, ehe diese Unbekanntschaft gehoben ist, im Stande, einen bestimmten Entschluß zu fassen; nur daß dieser Entschluß unmöglich schon ein so bestimmt einseitiger sein kann, wie derjenige, welcher von einem alle für seine Entschlüsse maßgebenden Thatsachen kennenden gefaßt wird. Der Entschluß kann nur dahin gehen, daß der erwägende etwas bestimmtes wolle, wenn sich eine in Betreff der ihm unbekannten Thatsachen von ihm gemachte Annahme bewahrheite. Will er also jetzt schon seinen Entschluß kund thun, so kann er nicht einfach erklären, er wolle; eine derartige Erklärung würde kein richtiges Bild von seinem Willen geben, und als eine sich mit dem zu Grunde liegenden Willen nicht deckende Willenserklärung irrelevant sein[2]); sondern er kann seinen Entschluß nur so, wie er gefaßt ist, als einen bedingten kund thun; er kann nur erklären, daß er wolle, falls eine bestimmte Annahme sich bewahrheite.

Ist die Annahme nun, deren Richtigkeit er zur Voraussetzung seines in einer bestimmten Richtung wirken sollenden Willens gemacht hat, in Wahrheit richtig, so ist ein vollwirksamer Wille in vollgültiger Weise erklärt, und dieser gültig erklärte Wille bringt auch bereits die gewollten juristischen Folgen hervor. Ist dagegen die Annahme falsch, so liegt in der bestimmten Richtung gar kein Wille vor.

So lange derjenige, welcher seinen bedingten Entschluß erklärt hat, keine Kenntniß von der Existenz der Thatsachen erlangt hat, deren Existenz er zur Voraussetzung der Gültigkeit seines Entschlusses

[2]) cf. l. 9. § 5 de h. i.

gemacht hat, ſo lange iſt er ſelbſt im Unklaren darüber, ob ſein Wille in einer beſtimmten Richtung beſtehe und juriſtiſche Folgen wirke, oder nicht; dieſe ſeine Unkenntniß iſt aber für die Exiſtenz ſeines Willens und der durch ihn erzeugten juriſtiſchen Folgen indifferent. So ſehr es nun indifferent iſt, ob der erklärende ſelbſt von der Exiſtenz jener Thatſachen und demgemäß von der Exiſtenz ſeines Willens in einer beſtimmten Richtung Kenntniß habe, ſo ſehr, oder noch viel mehr iſt es indifferent, ob andere Menſchen davon Kenntniß haben, ja ob überhaupt irgend ein Menſch davon Kenntniß hat, wenn es nur irgendwie möglich iſt, Kenntniß davon zu erlangen. Daraus folgt, daß ſelbſt eine augenblickliche Unerkennbarkeit der Exiſtenz der maßgebenden Thatſachen die Exiſtenz des Willens in einer beſtimmten Richtung und ſeinen juriſtiſchen Folgen nicht hindert, wenn dieſe Unerkennbarkeit nur eine heilbare iſt. Sollte allerdings die Unerkennbarkeit eine abſolute ſein, ſo käme die ganze Willenserklärung gar nicht in Betracht.

Bis der erklärende, bis die andern Menſchen Kenntniß von der Exiſtenz oder Nichtexiſtenz der maßgebenden Thatſachen erlangt haben, iſt für ſie die Exiſtenz des Willens in einer beſtimmten Richtung, und ebenſo die Exiſtenz juriſtiſcher Folgen dieſes Willens in pendenti, d. h. für ſie iſt die Exiſtenz in pendenti; für die Erkenntniß dieſer Perſonen beſteht ein Schweben; objektiv iſt nichts im Schweben; objectiv exiſtiert entweder ein Wille und ſeine Folgen oder ſie exiſtieren nicht; denn objectiv zweifelhaft kann die Exiſtenz einer gegenwärtigen Thatſache, als welche ſich der Wille darſtellt, nie ſein.

Ein ganz beſonderer Fall der Unerkennbarkeit der Exiſtenz maßgebender Thatſachen iſt der, wo die Unerkennbarkeit darin ihren Grund hat, daß die Thatſachen, wenn ſie überhaupt zur Exiſtenz kommen, erſt in Zukunft zur Exiſtenz kommen. Hier iſt zunächſt für keinen Menſchen die Möglichkeit gegeben, irgend mehr zu erkennen, als daß dieſe Thatſachen entweder eintreten werden, oder nicht eintreten werden; welche von dieſen beiden Möglichkeiten zur Wirklich-

keit werden werde, entzieht sich jeglicher Erkenntniß. Dennoch steht auch dieß jetzt schon objectiv fest. Denn die Zukunft ist die Tochter der Gegenwart; die Keime der Zukunft sind bereits in der Gegenwart vorhanden: nur ist es für den Menschen unmöglich, zu erkennen, was sich aus diesen Keimen entwickeln werde, weil ihm die einzelnen wirkenden Kräfte unbekannt sind.

Ein principieller Unterschied besteht zwischen dem Fall, wo die Unerkennbarkeit der Existenz oder Nichtexistenz der maßgebenden Thatsachen in dem Umstand ihren Grund hat, daß diese Thatsachen der Zukunft angehören, und anderen Fällen der augenblicklichen Unerkennbarkeit der Existenz oder Nichtexistenz maßgebender Thatsachen nicht. Nur ein gradueller Unterschied kann für die meisten Fälle in der Weise statuiert werden, daß, wenn die augenblickliche Unerkennbarkeit in andern Umständen ihren Grund hat, diese Unerkennbarkeit meistens sofort, oder doch in verhältnißmäßig kurzer Zeit gehoben werden kann, während, wenn die Unerkennbarkeit deswegen obwaltet, weil die betreffende Thatsache der Zukunft angehört, eine sofortige Lösung der Zweifel nie möglich ist. Von wie untergeordneter Bedeutung dieser Unterschied aber ist, erkennt man sofort, wenn man z. B. als maßgebende Thatsache in dem einen Fall denkt das Vorhandensein von Metall oder Wasser unter einem bestimmten Grundstück, und in dem andern Fall eine beliebige, vom Titius vorzunehmende Handlung; z. B. es kauft Jemand ein Grundstück unter der Voraussetzung, daß sich unter der Erde eine Metallader befinde, und es kauft Jemand ein Grundstück unter der Voraussetzung, daß ihm Titius Geld leihe. Hier kann die Existenz der Voraussetzung des zweiten Kaufs möglicher Weise in ganz kurzer Zeit, beinahe sofort, constatiert werden, während die Constatierung der Voraussetzung des ersten Kaufs möglicher Weise lange Zeit in Anspruch nimmt.

Trotz der Unbedeutendheit dieses Unterschieds, der nichts weniger als prinzipieller Natur ist, werden doch Voraussetzungen der einen und der anderen Art von den römischen Juristen, wenn auch nur

in untergeordneten oder selbstverständlich in Folge der Natur der Sache verschieden zu behandelnden Punkten verschieden behandelt.[3])

Für die Existenz des Willens in einer bestimmten Richtung nach dem eignen Willen des Wollenden maßgebende Thatsachen, deren Existenz oder Nichtexistenz dem Wollenden unbekannt ist, deren Unbekanntschaft oder Unerkennbarkeit aber nicht darin ihren Grund hat, daß diese Thatsachen der Zukunft angehören, werden condiciones in praesens vel praeteritum relatae genannt; hat ihre Unerkennbarkeit ihren Grund darin, daß die Thatsachen der Zukunft angehören, so nennt man sie condiciones in futurum relatae oder schlechtweg condiciones oder Bedingungen. Der gemeinsame Namen ist also Bedingungen; daneben werden aber die wichtigeren oder doch besprechenswertheren Bedingungen *κατ' ἐξοχήν* Bedingungen genannt. Zu gleicher Zeit wird das Wort Bedingung gebraucht zur Bezeichnung des Theils einer Willenserklärung, worin das Vorhandensein oder

[3]) So wird z. B. eine mit einer condicio in praesens vel praeteritum relata versehene Erbeseinsetzung nicht als eine bedingte Erbeseinsetzung betrachtet, so daß sie also auch ohne Exheredation unter der entgegengesetzten Bedingung eine gültige Einsetzung eines filius familias ist, und daß durch sie ein früheres Testament nicht jedenfalls, sondern nur, wenn sich die conditio bewahrheitet, rumpiert wird cf. l. 3 § 13 de bon. lib. 38, 2. l. 10 § 1 de cond. inst. 28, 7. l. 16. de injust. test. 28, 3. Ferner wird der später zu besprechende Satz, daß bei Stipulationen in jeder Bedingung, wenn dieß irgend angehe, ein dies zu erblicken sei, natürlich auf condiciones in praesens vel praeteritum relatae nicht zur Anwendung gebracht. cf. § 6. J. de V. O. l. 100. 120. de V. O. l. 37. 38. 39 de R. C. Dieß läßt sich in der Weise verallgemeinern, daß man sagt: wenn in Betreff der condiciones in futurum relatae sich durch Gewohnheitsrecht oder sonst wie positiv-rechtliche Sätze gebildet haben, so sind diese nicht ohne weiteres auch auf condiciones in praesens vel praeteritum relatae, auf die sie meistens gar nicht passen, anzuwenden. Beispiele werden sich abgesehen von bedingten Stipulationen bei bedingten Legaten und bedingten Kaufgeschäften zeigen. In anderen Beziehungen werden aber die condiciones in praesens vel praeteritum relatae als wahre Bedingungen behandelt; cf. l. 51 §. 2 de acq. vel om. her.

Nichtvorhandensein, die zukünftige Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache als maßgebend für die Existenz eines Willens in einer bestimmten Richtung bezeichnet wird.

Im folgenden soll nur von Bedingungen im angegebenen engern Sinne des Wortes die Rede sein. Dabei kann nicht genug darauf aufmerksam gemacht werden, daß die römischen Juristen durchaus nicht immer, wenn sie von condiciones reden, solche Bedingungen im engern Sinne des Wortes, oder auch nur Bedingungen im besprochenen weiteren Sinne des Wortes meinen.

Das Wort condicio ist gerade wie das deutsche Wort Bedingung ein gar vieldeutiges Wort. Condicio kommt von condere oder von condicere; für die erste Ableitung spricht das kurze i, für die letztere die bessere Beglaubigung der Schreibweise mit c als der mit t.[4]) Mag nun aber condicio von condere oder von condicere abzuleiten sein, für seine Bedeutung ist das einerlei: jedenfalls heißt es eine Festsetzung, eine Verabredung, und dasselbe ist die Bedeutung des von dingen abzuleitenden deutschen Wortes Bedingung. Also jede Festsetzung eines Preises, eines Lohnes, eines Zweckes kann mit dem Wort condicio oder Bedingung bezeichnet werden; ebenso wird das Wort für alle möglichen nur denkbaren Nebenverträge und Nebenbestimmungen überhaupt gebraucht, und so wird namentlich auch ein dies incertus, der so oft und in so vielen Beziehungen eine beinahe bis zur Gleichheit gesteigerte Aehnlichkeit mit der Bedingung hat, mit dem Worte condicio belegt, — Grund genug bei einer jeden Stelle, die das Wort condicio enthält, im höchsten Grade vorsichtig zu sein, daß man den darin ausgesprochenen Rechtssatz nicht von einer Bedingung im technischen Sinne des Wortes verstehe, während er vielleicht nur von einem dies incertus oder sonst von einer Nebenbestimmung verstanden werden will.

[4]) cf. Fleckeisen, Fünfzig Artikel aus einem Hülfsbüchlein für lat. Rechtschreibung (zur 20. Philologen-Versammlung) p. 14.

Es ist eine offenbare Verkennung des Wesens der Bedingung, wenn man in ihre Begriffsbestimmung ein Moment hineinbringt, wonach durch Setzen der Bedingung die Wirksamkeit einer Willenserklärung hinausgeschoben würde. Der bedingt wollende will nicht erst in Zukunft, aber da nur vielleicht; sondern er will, wenn er überhaupt will, jetzt; ob er aber überhaupt will, oder nicht, das wird erst die Zukunft klar machen. Der Bedingung kommt nach dem bisher dargestellten in keiner Weise eine rechtserzeugende Bedeutung zu; diese wohnt ausschließlich dem Willen und seiner Erklärung inne; die Bedingung hat nur deklaratorische Bedeutung: durch ihren Eintritt oder Nichteintritt soll sie klar machen, ob einer in bestimmter Richtung abgegebenen Willenserklärung ein Wille entspreche, oder nicht.

Schon wer den unter einer Bedingung erklärten Willen als einen objektiv zweifelhaften Willen bezeichnet, bringt in die Begriffsbestimmung der Bedingung in ungehöriger Weise ein Zukunftsmoment hinein, indem als objektiv zweifelhaft höchstens zukünftige Thatsachen gedacht werden können. Dasselbe gilt von denjenigen, die durch eine bedingte Willenserklärung ein objektiv zweifelhaftes Rechtsverhältniß zu Stande kommen lassen, oder die das Gewollte, oder die Geltung des Willens, oder das Rechtsgeschäft, oder die Wirkungen des Rechtsgeschäfts als objektiv zweifelhaft bezeichnen. Auch sie können sich alle diese Thatsachen nur als zukünftige denken.

Ebensowenig kann der in einer bedingten Willenserklärung zum Ausdruck gebrachte Wille als ein intensiv beschränkter Willen aufgefaßt werden, der ein künftiges auch subjektiv ungewisses Ereigniß als ihn bestimmend in sich aufgenommen habe [5]). Denn ein derartiger intensiv beschränkter Wille ist nothwendig auch ein extensiv beschränkter Wille [6]); denn er kann nothwendiger Weise die gewollten

[5]) cf. Eisele, im Archiv für civ Praxis. L. p. 262.

[6]) cf. Savigny, System III. p 99. Unger, Oesterr Privatrecht II. § 82, Anm. 3.

Wirkungen erst hervorbingen, wenn er voll geworden ist, wenn das gewisse Ereigniß, das er als ihn bestimmend in sich aufgenommen hat, eingetreten ist. Wer also in jeder bedingten Willenserklärung einen intensiv beschränkten Willen erblickt, muß nothwendiger Weise dahin gelangen, die Existenz einer reinen Bedingung zu leugnen, und neben dem reinen Termin nur eine mit einem Termin combinierte Bedingnng anzuerkennen.[7])

Zu demselben Resultat muß kommen, wer den Sinn einer bedingten Willenserklärung so auffaßt, daß durch Beifügung der Bedingung „der Urheber eines Rechtsgeschäfts noch eine die Wirksamkeit seines Willens ergänzende Wirksamkeit einer bestimmten Thatsache zur Herbeiführung des als gewollt erklärten Erfolges erforderlich" mache[8]). Denn auch hier kann der Erfolg erst eintreten, wenn die ergänzende Wirksamkeit jener bestimmten Thatsache begonnen hat; denn die Zeit des Eintritts einer Thatsache kann nur dann indifferent[9]) sein, wenn diese Thatsache keine rechtserzeugende, wie ihr hier zugeschrieben wird, sondern nur eine deklaratorische Bedeutung haben soll.

Alle soeben angedeuteten Auffassungen einer bedingten Willenserklärung kommen zu dem allerdings von ihren Urhebern nicht stets anerkannten Resultat, daß in einer bedingten Willenserklärung ein Wille sich manifestiere, der erst in Zukunft, und da nur vielleicht wirken wolle. Nach all diesen Auffassungen ist also eigentlich der Begriff der reinen Bedingung zu streichen; nach all diesen Auffassungen wird aber auch in die bedingte Willenserklärung etwas hinein-

[7]) Dieß erkennt Eisele vollständig an, und leugnet deshalb die Möglichkeit der Rückziehung der erfüllten Bedingung. — Man vergl. bes. p. 262 sqq. und p. 324.

[8]) cf. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften p. 71.

[9]) cf. Scheurl cit. p. 17. 182 sqq.

gelegt, was in keiner Weise ausgesprochen worden ist, und wofür in keiner Weise zu präsumiren ist, nämlich, daß die Willenserklärung erst in Zukunft Wirksamkeit haben solle. Eine solche Veränderung des Gedankens und des Willens des Erklärenden könnte aber nur dann als gerechtfertigt erscheinen, wenn sie entweder durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung vorgeschrieben wäre, oder wenn der wahre Gedanke und Wille des Erklärenden ein logisch unmöglicher wäre, und ihm durch eine benigna juris interpretatio aufgeholfen werden müßte. Keine dieser Voraussetzungen liegt aber vor: kein Gesetz erklärt reine Bedingungen absolut für unzulässig, und der Begriff der reinen Bedingung ist ein durchaus logischer. Ob reine Bedingungen im Verkehr häufig vorkommen, oder nicht, ist eine Frage, die hier nicht weiter interessiert.

Den Begriff der reinen Bedingung im technischen Sinne des Wortes habe ich dahin angegeben, daß man darunter einen zukünftigen Thatumstand zu verstehen hat, von dessen Eintritt oder Nichteintritt die Existenz eines Willens in einer bestimmten Richtung von dem wollenden abhängig gemacht wird.

Es lagen gewichtige praktische Bedenken dagegen vor, bei allen Rechtsgeschäften Bedingungen in dem geschilderten technischen Sinne des Wortes zuzulassen.[10])

Wenn das Wesen der Bedingung darin besteht, daß es in Folge ihrer Setzung eine Zeit lang zweifelhaft erscheint, ob einer bestimmten Willenserklärung ein wahrer Wille entspreche, und wenn dieser Zweifel erst durch Eintritt oder Nichteintritt des zur Bedingung verstellten Umstandes gehoben wird, und zwar so, daß es nunmehr klar gestellt wird, daß der Willenserklärung entweder schon damals, als sie abgegeben wurde, ein wahrer Wille entsprochen habe, oder daß

[10]) Von den Rechtsgeschäften, die überhaupt non recipiunt diem vel condicionem, sondern in totum vitiantur per temporis vel condicionis adjectionem, sehe ich hier vollständig ab, weil ihre Besprechung nicht hierher gehört.

ihr überhaupt kein Wille entspreche, so entsteht die Frage, wie sich denn das ganze Verhältniß äußerlich darstellt während des Schwebens der Bedingung, wo man noch nicht weiß, ob der Willenserklärung ein Wille entspreche, oder nicht.

Diese Frage ist leichter zu beantworten im Fall einer bedingten derivativen constitutiven Rechtsbestellung, schwieriger im Fall einer bedingten translativen constitutiven Rechtsbestellung.

Im ersteren Falle ist die Frage folgendermaßen zu beantworten: Alles, was zur Entstehung des bedingt constituierten Rechtes nöthig ist, ist bereits geschehen; ob aber die stattgefundenen Willenserklärungen und etwaigen sonstigen juristischen Handlungen den Erfolg der Erzeugung des zu constituierenden Rechtes gehabt haben, ist noch zweifelhaft, weil man nicht weiß, ob den Willenserklärungen wirklich ein Wille zu Grunde lag; dieser Zweifel kann erst in Zukunft gehoben werden: die natürliche Folge davon ist folgende: Der bedingt berechtigte kann sein Recht noch niemandem gegenüber geltend machen, weil es noch zweifelhaft ist, ob er überhaupt ein Recht hat. Andererseits aber kann niemandem das Recht eingeräumt werden, das vielleicht bereits existierende Recht zu vernichten oder zu verkümmern. Beide Sätze, die sich zu widersprechen scheinen, führen zu folgendem Resultat: Der bedingt berechtigte kann sein Recht gegen niemanden direkt klagend geltend machen; wohl aber kann er unter Umständen Caution verlangen, daß nichts geschehe, was sein vielleicht bestehendes Recht beeinträchtigen könne; sowie daß nichts geschehe, was im Widerspruch mit der Intention des bedingten Rechtsgeschäfts den Eintritt der Bedingung, und damit die Lösung des bestehenden Zweifels zu seinen Gunsten, hindere. Auf der anderen Seite können zwar jetzt noch Verfügungen getroffen werden, die mit dem vielleicht bereits existierenden Recht in Widerspruch stehen; denn es ist ja die Möglichkeit gegeben, daß das Recht gar nicht existiert; aber diese Verfügungen können das Recht, wenn es in Wirklichkeit besteht, nicht alterieren. Sie werden also vor der Hand rechtlichen Erfolg

haben, und im Fall der Defizienz der Bedingung endgültig behalten; tritt aber die Bedingung ein, so werden sie alle, insoweit sie mit dem nunmehr bestimmt existierenden Recht in Widerspruch stehen, vernichtet, und kann ihre Nichtigkeit nunmehr auch klageweise von dem jetzt bestimmt Berechtigten geltend gemacht werden.

Ob während des Schwebens der Bedingung der Genuß des bedingt constituierten Rechtes dem bedingt berechtigten bereits zustehe, oder nicht, das ist eine Frage, die sich aus der Natur des bedingten Rechtsgeschäfts an und für sich nicht beantworten läßt. Hierüber entscheiden weitere außerhalb des bedingten Rechtsgeschäfts selbst liegende Festsetzungen. War der Genuß dem bedingt berechtigten einstweilen eingeräumt, und die Bedingung defiziert, so müssen all die faktischen Folgen des inzwischen gehabten Genusses, soweit dieß möglich ist, redressiert werden; existiert die Bedingung: nun so ist alles bereits geregelt. Hat dagegen der bedingt berechtigte den Genuß einstweilen nicht, und die Bedingung defiziert, so ist alles definitiv erledigt und geregelt; existiert sie dagegen, so muß nunmehr, soweit das möglich ist, der Erfolg herbeigeführt werden, als wäre der Berechtigte bereits seit dem wahren Beginn seines Rechtes in dessen Genuß gewesen.

Diese Folgen, die sich aus dem Begriff der Bedingung von selbst ergeben, sind durchaus nicht stets von den römischen Juristen anerkannt worden in Fällen, wo sie dem äußern Anschein nach von bedingten Rechtsgeschäften reden. Wenn ein römischer Jurist aber diese Folgen in einem bestimmten Fall nicht anerkennt, so wäre es ganz unrichtig, zu sagen, er erkenne hier andere Folgen als die angegebenen, eines bedingten Rechtsgeschäfts an; sondern man muß vielmehr sagen: er betrachtet in dem vorliegenden Fall die Willenserklärung nicht als eine bedingte, sondern er erblickt in der bei ihr vorkommenden Nebenbestimmung etwas anderes als eine Bedingung.

Trotzdem ist es möglich, die Uebereinstimmung der aufgestellten Sätze mit den Ansichten der römischen Juristen zu erweisen. Von

den von Resolutiv-Bedingungen handelnden Aussprüchen sehe ich hierbei zunächst vollständig ab.

Der wichtigste Fall von derivativer constitutiver Rechtsbestellung ist die Eingehung einer Obligation als Schuldner.

In Betreff des Kaufes und der Miethe ist bei Gajus[11]) zu lesen: jam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri et locari possint; und Paulus hält es nicht für überflüssig zu bemerken: sicut emtio ita et locatio sub condicione fieri potest[12]). Sinn des Zweifels, ob condiciones bei Kauf und Miethe zulässig seien, ist gewiß nicht der gewesen, ob Nebenbestimmungen, die man allenfalls als Bedingungen auffassen könnte, bei derartigen Geschäften zulässig seien, denn ein mit der von den römischen Juristen mit am meisten besprochenen hierhergehörigen Nebenbestimmung ausgestatteter Kauf, die in diem addictio, ist ein bereits zur Zeit des Plautus[13]) bekanntes Rechtsgeschäft; sondern der Zweifel bezog sich vielmehr darauf, ob diese Bedingungen als reine Bedingungen aufzufassen seien, oder als mit Bedingungen combinierte Befristungen. Gerade Gajus bespricht in der zitierten Stelle einen Fall, wo der interpretierende Jurist sich in offenbaren Widerspruch gesetzt hätte mit dem Willen der Parteien, wenn er ihre Nebenbestimmung nicht als Bedingung, sondern als Befristung aufgefaßt hätte.

Der Fall ist folgender:

> Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii viginti mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi vel debilitati fuerint, denarii mile, quaeritur, utrum emtio et venditio an locatio

[11]) Gaj. III, 146.

[12]) l. 20 pr. loc.

[13]) cf. Plaut. Capt.. I., 2 v. 76 sqq. Demelius, in Zeitschrift für Rechtsgeschichte. II. p. 184. Meine Dissertation de rebus sub resolutiva in diem addictionis vel commissoria lege venditis. p. 4, 5.

et conductio contrahatur: et magis placuit, eorum qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi vel debilitati sunt, emtionem et venditionem esse. Idque ex accidentibus apparere, tanquam sub condicione facta cujusque venditione an locatione: jam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint.

Es geht hieraus zweifellos hervor, daß zur Zeit des Gajus die Möglichkeit des Abſchluſſes eines Kaufes oder einer Miethe unter einer reinen Bedingung anerkannt war. Derſelbe Satz wird für die Zeit der ſpäteren klaſſiſchen Jurisprudenz ausgeſprochen von Paulus in der vorhin zitierten l. 20 pr. loc. und in ſeinen Wirkungen bekundet von demſelben Paulus in der l. 8 pr. de per. et comm.

Die hierher gehörigen Worte lauten folgendermaßen:

Quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emtio sicuti nec stipulatio; quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum ajunt; idem Pomponius libro nono probat. Quod si pendente condicione emtor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emtione in praeteritum. Quod si pendente condicione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore. Et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata condicionalia perimuntur, si pendente condicione res exstincta fuerit; sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emtoris.

Was zunächſt den Text der Stelle anbelangt, ſo ſcheint mir zwiſchen pro emtore und Et quod pretii etwas ausgefallen zu ſein. Allerdings läßt ſich der Satz von Et quod bis res extincta fuerit zur Noth conſtruieren, wenn man die Worte von sicut bis peri-

mantur in Parentheſe ſetzt.[14]) Aber der Satzbau bleibt dann doch immer ein höchſt geſchraubter und ſonderbarer. Der Baſilikentext, worin die Stelle wiedergegeben war, iſt leider nicht erhalten.

Auch der Text der *Πεῖρα* und des ſog. Tipucitus giebt keine klare Auskunft. Aber beachtenswerth iſt es immerhin, daß im Tipucitus folgendes ſteht.[15])

καὶ εἰ μεταξὺ τελευτήσει τις τῶν συναλλαξάντων, καὶ οἱ μέσοι καρποὶ τίνι διαφέρουσι. καὶ εἰ φθαρῇ τὸ πρᾶγμα. καὶ ὅτι αἱ ἐπερωτήσεις καὶ τὰ αἱρητικὰ ληγάτα ἀνυροῦνται, φθειρουμένου τοῦ πράγματος ἠρτημένης τῆς αἱρέσεως.

Danach ſcheint alſo in dem Baſilikentext, der dem Verfaſſer des Tipucitus vorlag, von den Früchten der Zwiſchenzeit in einem Satz die Rede geweſen zu ſein, der dem Satz, der enthielt, was Rechtens ſei, wenn die Sache untergieng, vorausgieng. Dann ſcheint von dem Schickſal des Kaufs die Rede geweſen zu ſein, wenn pendente condicione die verkaufte Sache untergehe; und dann ſcheint in einem ſelbſtändigen neuen Satz zur Bekräftigung des in dem vorhergegangenen geſagten weiter geſagt worden zu ſein, daß auch bedingte Stipulationen und Legate untergiengen, si pendente condicione res exstincta fuerit. Nach alle dem vermuthe ich, daß zwiſchen den Worten pro emtore und Et quod wenigſtens folgendes ausgefallen iſt: Et si forte res exstincta fuerit, emtio solvitur; ſo daß alſo das ganze ſo lautete:

. . . . usucapere pro emtore. Et si forte res exstincta fuerit, emtio solvitur, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt; sicuti stipulationes et legata condicionalia perimuntur, si pendente condicione res exstincta fuerit.

Sehr möglich aber wäre es, daß noch mehr ausgefallen wäre,

[14]) So Mommſen in ſeiner Ausgabe.

[15]) cf. Bas. ed. Heimbach. 19, 6, 2.

namentlich ein Satz über das Schicksal der Früchte der Zwischenzeit für den Fall der Existenz der Bedingung.

Mag dem nun aber sein, wie ihm wolle, soviel geht jedenfalls aus der Stelle hervor, daß Paulus für den Fall der Existenz der Bedingung den Kauf als vom Augenblick der Verabredung an zu Recht bestehend betrachtete, daß er aber damit einen Satz aussprach, der zwar schon längere Zeit anerkannt war, der aber nicht von jeher unbestritten gegolten hatte. Ich will auf die Worte: quasi jam contracta emtione in praeteritum, kein Gewicht legen, weil diese in Verbindung mit einem Satz vorkommen, der auch wahr wäre, wenn der Kauf als erst im Augenblick des Eintritts der Bedingung abgeschlossen zu betrachten wäre.[16]) Dagegen scheinen mir folgende zwei Punkte von durchschlagender Bedeutung:

1. Daß den Käufer das periculum deteriorationis trifft, wenn pendente condicione die Sache schlechter wird, und dann die Bedingung in Erfüllung geht. Dieser Satz wäre unmöglich, wenn der Kauf erst als im Augenblick des Eintritts der Bedingung abgeschlossen zu betrachten wäre, wie er denn auch in Wirklichkeit in Anwendung auf eine emtio ad mensuram, die nicht nach Analogie eines bedingten, sondern nach Analogie eines mit einer aus dies und condicio combinierten Nebenbestimmung versehenen Kaufes behandelt wird, nicht besteht.

2. Daß ausdrücklich hervorgehoben wird, daß wenn pendente condicione die Sache untergehe, die Früchte dem Verkäufer gehörten; ein Satz, der so selbstverständlich ist, daß er nur des Gegensatzes halber ausgesprochen werden konnte: wenn, während die Sache noch existiert, die Bedingung eintritt, so gehören die Früchte dem Käufer.

Stutzig allerdings macht der Satz, daß, wenn pendente condicione die Sache untergeht, und dann die Bedingung eintritt, den

[16]) cf. Eisele, im Archiv für civ. Praxis. L. p. 289.

Verkäufer die Gefahr trifft.[17]) Dieser Satz ist unerklärlich, wenn der Kauf schon als in dem Augenblick abgeschlossen gilt, wo er verabredet ward. Dieser Satz paßt nicht zu dem andern, daß den Käufer das periculum deteriorationis trifft; er ist offenbar eine Reminiscenz aus alter Zeit, wo man einen wahrhaft bedingten Kauf noch nicht als solchen anerkannt hatte; er paßt auch sehr schlecht zu dem von Gajus, der einen wahrhaft bedingten Kauf anerkennt, aufgestellten Satz, daß durch den Tod der eventuell verkauften oder vermietheten Gladiatoren das Kaufgeschäft convalesciere; er mag sich wohl erhalten haben mit Rücksicht darauf, daß man es als contra bonam fidem verstoßend betrachtete, daß der Verkäufer nichts zu liefern habe, der Käufer aber den Kaufpreis zu zahlen habe, trotzdem es ihm nicht möglich war, durch frühere Zahlung, so lange die Sache noch existierte, sich in die Lage zu setzen, deren Lieferung verlangen zu können.[18]) Man meint ordentlich, Paulus habe gefühlt, daß er einen inconsequenten Satz ausspreche, weil er zur Begründung desselben die Analogie von stipulationes et legata condicionalia heranzieht; und sehr zu beachten ist es, daß er hinter diesem Satz den andern, daß das periculum deteriorationis den Käufer treffe, sehr betugt ausspricht: potest dici, esse damnum emtoris; ein Satz, der in der Zeit, dem der erste seine Entstehung verdankt, gewiß noch nicht

[17]) Man vergl Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung p. 8 und die dort zitierten; ferner p. 16 sqq. Eisele, cit. p. 314 sqq. Wendt, die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft. p. 107 sqq.

[18]) Aus derselben Erwägung entspringt der Satz, daß wenn der Käufer dem Verkäufer seine Verpflichtung zur Lieferung der Waare erläßt, er auch frei ist von der Verpflichtung, den Preis zu zahlen; und umgekehrt; und daß, wenn der Käufer alicujus legis beneficio von der Verpflichtung den Preis zu zahlen frei wird, der Verkäufer auch die Waare nicht zu liefern braucht. cf. l. 5 de resc. vend. l. 50 de act. emt. — Einen andern häufig aufgestellten Erklärungs-Versuch s. z. B. bei Scheurl, zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. p. 203.

gegolten hatte. Der gleiche inconsequente Satz, der in l. 8 pr. cit. von Paulus ausgesprochen wird, wird auch von Ulpian in l. 10 § 5 de jur. dot. unumwunden aufgestellt: Beweis genug, daß er zur Zeit dieser Juristen anerkannte Geltung hatte, während ihn Gajus mißbilligt. Er ist als positiver Satz Theil des justinianischen und heutigen Rechtes geworden.[19]) Nicht gegen die Auffassung, daß ein unter einer Bedingung abgeschlossener Kauf nach Eintritt der Bedingung als im Augenblick der Verabredung zu Stande gekommen zu betrachten sei, kann man sich auf l. 61 de contr. emt. von Marcellus berufen:[20])

> Existimo, posse me id, quod meum est, sub condicione emere, quia forte speratur, meum esse desinere;

weil es erstens nicht feststeht, ob sich Marcellus unter der condicio nicht einen dies incertus an et quando a quo gedacht hat; und zweitens sich seine Entscheidung wohl damit vereinigen ließe, daß ein bedingter Kauf nicht erst im Augenblick des Eintritts der Bedingung zu Stande käme. Denn der Gültigkeit des Kaufes, wenn er unbedingt abgeschlossen ist, steht nur seine Unausführbarkeit entgegen; warum sollte man ihn als ungültig betrachten, wenn er in dem Augenblick, wo er ausgeführt werden soll, ausführbar geworden ist?

[19]) Es wird aber gewiß niemandem einfallen, diesen Satz analog auf Fälle anwenden zu wollen, für die er nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, z. B. auf den Fall, wo jemand unter einer condicio in praesens vel praeteritum relata, deren Existenz oder Nichtexistenz niemandem bekannt ist, eine Sache gekauft hat, und während der Dauer der Ungewißheit die Sache untergegangen ist. Von condiciones in praesens vel praeteritum relatae, auch solchen, die Ennecerus zu den eigentlichen Bedingungen zählt, (Ueber Begriff und Wirkung der Suspensiv-Bedingung, p. 104) können für condiciones in futurum relatae aufgestellte Sätze nur dann gelten, wenn sie sich aus der Natur der Sache von selbst ergeben, nicht wenn sie rein positivrechtlicher Art sind.

[20]) Anderer Meinung Eisele cit. p. 314. cf. unten p. 36.

Stipulationen hat die klassische Jurisprudenz anders behandelt, als den Kauf und die Miethe; bei Stipulationen hat sie die Hinzufügung einer wahren Bedingung für unzulässig erklärt; ja unter einer wahren Bedingung eingegangene Stipulationen sogar für ungültig erklärt, wenn unzweideutig eine wahre Bedingung als gemeint ausgesprochen war[21]), sonst aber eine jede etwa als Bedingung auszulegende Nebenbestimmung als dies incertus a quo behandelt.[22]) Der Grund für dieses Verfahren liegt auf der Hand: morgen kann ich nicht heute geben; und ein Interesse, daß ich erst morgen und nicht schon heute gebe, eine Forderung auf etwaige Zinsen, Früchte, Accessionen, die zu der Hauptsache inzwischen hinzugekommen sind, kann gegen mich mit einer aus einer Stipulation hervorgehenden Klage, in späterer Zeit wenigstens, wenn jene eine stipulatio certa war, nicht geltend gemacht werden. In dieser Richtung war es also vollständig einerlei, ob man die Stipulation im Augenblick des Eintritts der Bedingung oder in dem Augenblick, wo die betreffenden Worte gesprochen waren, zur Existenz kommen ließ; und dieß ist die Hauptrichtung, in der es von Bedeutung ist, festzustellen, wann ein Rechtsgeschäft existent geworden war. Man behielt also hier immer den Satz bei: eine wahre Bedingung ist bei Stipulationen unzulässig; sie ist, wenn dieß nicht dem klar ausgesprochenen Willen der Contrahenten widerspricht, als dies incertus a quo aufzufassen; und man wird hier durchaus den präsumtiven Willen der Contrahenten richtig interpretiert haben.

Erst Justinian hat hier eine Aenderung getroffen, und die Zulässigkeit von wahren Bedingungen bei Stipulationen, wenn diese wirklich von den Contrahenten klar gewollt sind, sanctioniert[23]):

[21]) cf. §. 14. J. de inut. stip. 3, 19.

[22]) cf. l. 64 de V O. l. 59. eod. l. 14. pr. §. 1. l. 31. pr. de nov.

[23]) cf §. 14. J. de inut. stip. 3, 19. c. 25. de test. 6, 23.

natürlich mit den factischen Wirkungen, die überhaupt nach Lage der Dinge möglich sind.

Dasselbe, was von Stipulationen galt, galt auch vom Damnationslegat[24], und zwar aus denselben Gründen, unterstützt vielleicht auch noch durch die Analogie der Sätze, die sich in Betreff des Vindikationslegats allgemeine Anerkennung erstritten hatten.

Nach den Obligationen sind die wichtigsten Fälle von derivativem constitutivem Rechtserwerb die Bestellungen von jura in re aliena. Wie die römischen Juristen unter einer reinen Bedingung bestellte jura in re aliena behandelt haben, darüber geben die erhaltenen Quellen des römischen Rechts keinen directen Aufschluß. Eine Erörterung, was aus anderen Bestimmungen des römischen Rechts über ihre Behandlung zu schließen ist, gehört nicht hierher.

Nicht so einfach wie im Fall einer derivativen constitutiven Rechtsbestellung stellt sich das Verhältniß dar im Fall einer derivativen translativen Rechtsbestellung.

Hier ist auf Seiten des Erwerbers ganz genau dasselbe Verhältniß wie bei einer bedingten derivativen constitutiven Rechtsbestellung: der bedingt berechtigte ist möglicherweise Weise berechtigt; es ist dieß aber eben noch fraglich, und kann ihm deshalb ein directer Schutz seines Rechtes, so als bestände es schon, nicht gewährt werden; während andererseits das Recht, das in seiner Person vielleicht besteht, nicht durch Verfügungen anderer zerstört oder verkürzt werden darf. Aber auf Seiten dessen, der das Recht bedingt übertragen hat, liegen hier die Verhältnisse ganz anders, als im Fall einer constitutiven Rechtsbestellung. Bei letzterer giebt der Besteller kein ihm

[24]) cf. l. 41. de cond. 35, 1. l. 81 § 1. eod. l. 27. pr. qui et a quib. 40, 9. l. 42. pr. de O. et A. Ueber die Gründe der in den letzteren Stellen angedeuteten verschiedenen Behandlung von bedingten Stipulationen und bedingten Damnationslegaten in gewisser Richtung vergl. man Eisele im Archiv f. civ. Praxis L. p. 282 sqq. Wendt, cit. p. 65 sqq. — Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung p. 39, 40.

zustehendes Recht auf; sondern er bestellt nur kraft eines ihm zustehenden Rechtes ein anderes Recht, das ihn allerdings vielleicht später in der vollen Ausübung seines Rechtes hindern wird, das aber durchaus nicht mit diesem Recht incompatibel ist. Hier wird also dadurch, daß jemand bedingt ein Recht bestellt, niemals die Existenz seines eigenen Rechtes in Frage gestellt. Ganz anders ist es bei der translativen Rechtsbestellung; hier giebt der Besteller sein Recht auf. Wenn er also bedingt das neue Recht bestellt, so giebt er auch nur bedingt sein Recht auf. Während schwebender Bedingung ist es fraglich, ob der neue Berechtigte wirklich und schon Berechtigter sei; aber ebenso fraglich ist es, ob der alte Berechtigte noch Berechtigter sei. Es ist also hier alles in pendenti; es ist zweifelhaft, wer der berechtigte sei, und deshalb kann einstweilen niemand auf Berücksichtigung als wirklich berechtigter Anspruch machen, und also auch niemand, wenn Störungen des Rechtes vorkommen, gegen den störenden mit einer Klage auftreten.

Derartige Zustände des Schwebens, wo einstweilen niemand Schutz als berechtigter in Anspruch nehmen kann, kommen nicht nur im Fall eines bedingten Rechtsgeschäfts, sondern auch sonst vor. Ich erinnere nur an folgende zwei bekannte und viel besprochene Fälle des sogenannten schwebenden Eigenthums:[25]) wenn ein servus usufructuarius eine Sache gekauft hat, und sich den Preis hat kreditieren lassen, so ist es zweifelhaft, wer Eigenthümer der gekauften Sache sei, ob der Eigenthümer oder der Nutznießer des Sklaven; und erst wenn der eine oder der andere den Preis gezahlt hat, ist diese Ungewißheit gehoben; vordem hat aber keiner die rei vindicatio.[26]) Oder wenn zu einer im Ususfrukt eines anderen stehenden Heerde gehörige Thiere Junge werfen, während eine Lücke in der Heerde ist, aber mehr als zur Ausfüllung dieser Lücke nothwendig sind, so ist

[25]) Man vergleiche namentlich Wächter, das schwebende Eigenthum.

[26]) cf. l. 25. §. 1. l. 12 §. 5. de usufr. l. 43. §. 10. de aed. ed. l. 43. §. 2. de acq. rer. dom.

das Eigenthum an dieſen ſämmtlichen Thierjungen in der Schwebe, bis der Uſufructuar beſtimmt hat, welche von den Thierjungen zur Ausfüllung der Lücke benutzt werden ſollen; bis dahin hat weder er, noch der Eigenthümer in Betreff dieſer Thiere eine rei vindicatio.[27]) Aber niemand wird ſagen wollen, daß dieß gerade gut normierte Zuſtände ſeien; es kann ja unvermeidliche Fälle von Unklarheit und Schweben geben; aber wo es irgendwie möglich iſt, muß die Unklarheit, die Schwebe beſeitigt werden, und an Stelle der unfertigen wenigſtens proviſoriſch fertige Zuſtände geſtellt werden. Um ſo unerklärlicher iſt es, warum Juſtinian in Betreff des zuletzt erwähnten Falles, wo zu einer im Uſusfrukt ſtehenden Heerde Thierjunge geboren werden, die referierte Meinung adoptiert hat, während ſchon von Pomponius eine andere viel zweckmäßigere und ſofortige Klarheit ſchaffende aufgeſtellt worden war.

In den zwei beſprochenen Fällen, wo das juſtinianiſche Recht wirklich ſchwebendes Eigenthum anerkennt, war die Anerkennung des Schwebens, der Ungewißheit mit keinem nennenswerthen Nachtheil für den wirklich berechtigten verbunden, weil die Ungewißheit jeden Augenblick durch eine Handlung deſſen, der bei ihrer Beſeitigung intereſſiert war, gehoben werden konnte. Wenn der Eigenthümer oder der Uſufructuar ein Intereſſe daran hatten, daß ein Dritter die von dem Sklaven gekaufte Sache nicht beſitze, brauchten ſie nur den Preis zu zahlen, und konnten die rei vindicatio anſtellen. Wenn die Thierjungen geſtohlen wurden, konnte der Uſufruktuar ſofort ſich und dem Eigenthümer die nöthigen Klagen zu ihrer Verfolgung verſchaffen, wenn er beſtimmte, welche zur Heerde, welche ihm gehören ſollten. Der Eigenthümer hat hier an einer ſofortigen Regulierung viel weniger Intereſſe, weil wenn der Uſufruktuar die Regulierung unterläßt, und damit auch für den Eigenthümer die Rechtsverfolgung unmöglich macht, er dieſem, weil er nicht wie ein bonus pater familias

[27]) cf. l. 68. 69. 70. de usufr. l. 12. §. 5. eod.

gehandelt hat, zu Schadensersatz verpflichtet ist. Ganz anders wäre es, wenn man schwebendes Eigenthum annähme auch in dem Fall, wo z. B. Titius dem Gajus im Jahre 1875 eine Sache unter der Bedingung zu Eigenthum tradiert hat, daß Rumänien noch vor 1880 vollständig selbständig würde. Hier würde die Sache möglicher Weise bis 1880 vollständig recht- und schutzlos sein, und diese Rechts- und Schutzlosigkeit auch nicht durch eine von einem Interessenten willkührlich vorzunehmende Handlung gehoben werden können: ein unerträglicher Zustand.

Wie haben sich nun die römischen Juristen der Anerkennung dieses Zustandes gegenüber verhalten; resp. was haben sie gethan, um seine Unerträglichkeit zu mildern?

In Betreff der Eigenthumsübertragung durch Legat wird uns berichtet, daß die Prokulianer jenen Zustand der Schwebe in allen seinen Consequenzen anerkannten und deshalb pendente condicione die legierte Sache als res nullius betrachteten, d. h. niemandem, weder dem Erben noch dem Legatar Eigenthumsschutz angedeihen ließen, daß die Sabinianer aber diese unpraktische Ansicht verwarfen. Gajus berichtet darüber folgendes:

> Illud quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cujus sit: nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est ejus servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse jussus est, quem constat interea heredis servum esse; sed diversae scholae auctores putant, nullius interim eam rem esse. Quod multo magis dicunt de eo, quod sine condicione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum.[28])

[28]) Gaj. II., 200. Die Auffassung der Prokulianer von einem bedingten Legat im Gegensatz zur Auffassung der Sabinianer wird noch ganz besonders illustriert durch den von Gajus II., 244 erwähnten Schulstreit. Die Prokulianer erklärten ein unter einer Bedingung an eine der Gewalt des onerierten Erben unterworfene Person hinterlassenes Legat selbst dann für ungültig,

Die Sabinianer alſo fanden es für unpraktiſch, die Sache pendente condicione ohne rechtlichen Schutz zu laſſen, und da ſich ja in keiner Weiſe feſtſtellen ließ, wer wahrer Eigenthümer ſei, ſo nahmen ſie an, den Erben einſtweilen als Eigenthümer betrachten zu wollen. War nun der Erbe einſtweilen Eigenthümer, ſo ließ ſich bei Eintritt der Bedingung dieſes Faktum unmöglich ungeſchehen machen; der Legatar konnte höchſtens von jetzt an Eigenthümer werden: eine Frage konnte dabei nur entſtehen, nämlich die, ob der Erbe nicht wenigſtens die inzwiſchen von ihm gezogenen Früchte herausgeben müßte; aber auch dieſe Frage ward verneint. Indem hier verſchiedene Gründe beim Damnationslegat und beim Vindikationslegat in derſelben Richtung wirkten, bildete ſich für beide als feſtſtehend derſelbe Satz aus: bei Legaten giebt es keine wahre Bedingung, ſondern nur mit Bedingung gemiſchten Anfangstermin; jede, wie reine Bedingung ausſehende Nebenbeſtimmung iſt als letzterer anzufaſſen und zu behandeln.[29])

Die zur allgemeinen Anerkennung gelangte Meinung der Sabinianer mochte in den meiſten Fällen den wahren Willen der Teſtatoren zum Ausdruck bringen; ſonſt würde ſie gewiß nicht ſich allgemeine Anerkennung errungen haben. Aber es gab doch Fälle, wo man, wenn man das Legat als ein betagtes Legat behandelte, in entſchiedenen Widerſpruch mit dem Willen des Teſtators kam. In derartigen Fällen ſcheint man ſich dadurch geholfen zu haben, daß man die Bedingung als modus behandelte. Von dieſem Geſichtspunkte

wenn der Honorierte pendente condicione sui juris geworden war; — weil nach ihrer Meinung bei Eintritt der Bedingung die Exiſtenz des Legates in eine Zeit zurückgezogen wurde, wo der Honorierte noch Gewaltunterthäniger des Onerierten war, und alſo eine Obligation unter ihnen nicht zu Stande kommen konnte.

[29]) cf. Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung. p. 31. sqq. — l. 29. §. 1. qui et a quib manumiss. 40, 9. l. 12. §. 2. fam. erc. 10, 2. l. 105. de cond. et dem. 35, 1. l. 11. §. 1. serv. quemadm. amm. 8, 6. l. 11. §. 4. ad Sc. Silan. 29, 5.

aus scheint sich die vielbesprochene[30]) l. 54. §. 2. de leg. I. erklären und recht gut mit der scheinbar widersprechenden l. 23. §. 2. ad leg. Aq. vereinigen zu lassen. Während nämlich in l. 23. §. 2. cit. der Satz anerkannt ist, daß wenn jemand unter der Bedingung zum Erben eingesetzt sei, si Stichum manumiserit, und Stichus vor der Manumission gestorben sei, der eingesetzte Erbe zur Erbschaft nicht zugelassen werde, weil er, wenn auch ohne seine Schuld, die Bedingung nicht erfüllt habe, heißt es in l. 54. §. 2. cit.

> Sed et si servi mors impediisset manumissionem, quum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quominus perveniat ad libertatem.

In der Bestimmung: si manumisisses, hier einen dies incertus a quo zu erblicken, mochte wohl deswegen als unpassend erscheinen, weil dadurch der Werth des Legates verringert worden wäre, und somit auch die Anreizung für den Legatar, den Sklaven frei zu lassen. Als rein bedingtes Legat konnte man das Legat nicht behandeln, weil man reine Bedingungen bei Legaten für unzulässig hielt, und so mag man denn auf den Ausweg verfallen sein, im vorliegenden Fall die Nebenbestimmung als modus aufzufassen.[31])

Erst Justinian hat den Satz der Sabinianer beseitigt, indem er bestimmte:[32])

> Praeposteri reprehensionem, quam novella constitutio divi Leonis in dotalibus instrumentis sustulisse noscitur, in aliis quoque omnibus tam contractibus quam testamentis tollimus, ut tali exceptione cessante, et stipulatio et alii contractus et testatoris voluntas indubitate valeant, exactione videlicet post condicionem vel diem competente.

[30]) cf. Arndts, Pandekten § 69. Anm. 3 und die dort zitierten.

[31]) cf. l. 8. de cond. inst.

[32]) c. 25. de test. 6, 23.

Dieß soll nicht heißen, daß wenn offenbar eine wahre Bedingung beim Legat einer eigenen Sache Seitens des Testators gemeint sei, zwar einstweilen der Erbe als Eigenthümer zu betrachten sei, bei Eintritt der Bedingung aber der Legatar so Eigenthümer werde, als sei er von Haus aus Eigenthümer gewesen, so daß er also auch Eigenthümer der inzwischen vom Erben gezogenen Früchte würde, sondern der Erbe soll nur verpflichtet sein, ihm die inzwischen von ihm gezogenen Früchte, resp. deren Werth, zu restituieren. In engem Zusammenhang hiermit steht auch die weitere Verfügung Justinians in c. 3. §. 3. comm. de leg., wonach, wenn ein Legat unter einer Bedingung hinterlassen ist, der Erbe

> sciat, quod condicione impleta ab initio causa in irritum devocetur, et sic intelligenda est, quasi nec scripta nec penitus fuerit celebrata.

Wie die klassischen römischen Juristen eine bedingte Eigenthumstradition[33]) behandelt wissen wollten, darüber sind keine sicheren Nachrichten auf uns gekommen. Die l. 29. de m. c. d. und die l. 2. §. 5. de don. sprechen von einem dies incertus a quo; die l. 9. §. 1. de jur. dot., gehört gar nicht hierher[34]); und die l. 7. §. 3. de jur. dot. spricht nicht nur von einem dies incertus a quo, sondern noch dazu von einem solchen, der keine gewillkührte, sondern eine condicio tacita enthält. Allenfalls ließe sich die l. 8. de reb. cred. von wahrer bedingter Eigenthumstradition verstehen, aber darüber erregt Zweifel, ganz abgesehen vom sonstigen Inhalt der Stelle, das futurum exactum exstiterit. Zudem ließe sich aus der Stelle etwas hier in Betracht kommendes nicht entnehmen. Wahrhaft bedingte Eigenthumstraditionen mögen in Rom gerade so selten vorgekommen sein, wie sie bei uns vorkommen, obwohl sie nicht undenkbar sind.

Ebensowenig sind uns positive Nachrichten darüber überliefert,

[33]) cf. Sell, Ueber bedingte Traditionen. Bangerow, Pandekten §. 96. Windscheid, Pandekten. § 89 und die dort zitierten.

[34]) Ueber diese Stelle vergl. die Interpretation von Grübner, Versuch einer Erklärung der l. 9. §. 1. de jur. dot. München. 1874.

wie die römischen Juristen im einzelnen eine bedingte Cession behandelt wissen wollten[35]).

Etwas reichlicher fließen die positiven Nachrichten in Betreff bedingter Erbeseinsetzung, und haben gerade diese Nachrichten den großen Vorzug vor allen anderen Nachrichten von bedingten Rechtsgeschäften, daß hier eine Verwechselung von dies incertus und condicio unmöglich ist, weil es ein feststehender Satz des römischen Rechts ist, daß bei Erbeseinsetzungen ex die certo oder incerto der dies als nicht geschrieben betrachtet werde. Wo also von unter einer condicio geschehenen Erbeseinsetzungen als bedingten die Rede ist, da muß unter der condicio eine wahre Bedingung verstanden werden.

Eine Erbeseinsetzung allein macht direkt noch niemanden zum Erben, sondern es muß noch dazu kommen eine von ihm, nachdem ihm deferiert ist, und nachdem er genaue Kenntniß von der Delation erlangt hat, vorzunehmende willkührliche Handlung oder Erklärung, die Acquisition, oder ein zwischen ihm und dem Verstorbenen im Augenblick der Delation bestehendes besonderes Verhältniß, das kraft gesetzlicher Bestimmung die Acquisition ersetzt.

Wenn jemand eine bedingte Erbeseinsetzung vornimmt, bewirkt er damit eine Hinausschiebung der Delation: pendente condicione ist noch an niemanden, weder an den bedingt eingesetzten, noch an den Intestaterben oder eine unter der entgegengesetzten Bedingung eingesetzte Person, die Frage herangetreten, ob er Erbe werden wolle, oder kraft gesetzlicher Bestimmung Erbe geworden sei. Entscheidet sich die Bedingung zu Gunsten einer dieser Personen, so erfolgt nunmehr Delation an diese; d. h. die Delation erfolgt jetzt, nicht zeigt sich, daß sie bereits früher erfolgt ist, denn unter Delation versteht man die Anfrage an den berufenen Erben oder an das Gesetz, ob er Erbe werden wolle oder solle: und eine solche Anfrage kommt jetzt erst vor, nicht ist sie bereits vorgekommen. Die Wirkungen der Delation

[35]) cf. Mühlenbruch, Cession. p. 508. sqq.

richten ſich alſo auch nach dem jetzigen Zeitpunkt, wo ſie wirklich erfolgt, und nicht nach einem früheren Zeitpunkt, wo ſie vielleicht hätte erfolgen können; alſo iſt namentlich die Frage, ob der Erbe überhaupt Erbe werden könne[36]), und ob er ipso jure oder nur durch Acquiſition Erbe werde[37]), nach den in dem jetzigen Zeitpunkt vorliegenden Verhältniſſen, und nicht nach Verhältniſſen zu beurtheilen, die vielleicht früher einmal exiſtiert haben.

Sind nun aber alle die geſetzlichen und gewillkührten Vorausſetzungen für das Erbewerden, Eintritt der Bedingung, Delation und Acquiſition erfüllt, dann iſt jetzt ein Erbe geſchaffen, der Erbe des verſtorbenen iſt nicht von jetzt an, ſondern von dem Augenblick des Todes des verſtorbenen an; denn er war zum Erben berufen, d. h. zum direkten Nachfolger des Verſtorbenen, und die Vorausſetzungen, die da vorher alle in Erfüllung gehen mußten, waren nur dazu beſtimmt, um in ihm die zur Nachfolge des Verſtorbenen berufene Perſon zu conſtatieren, nicht um ihn zum Nachfolger zu machen; dieſes letztere iſt vielmehr Folge der Willenserklärung des Teſtators oder des Geſetzes: Heres quandoque adeundo jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur; — omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur[38]).

Der Erbe iſt alſo Erbe vom Augenblick des Todes des Erblaſſers an; d. h. alle Erwerbungen, die inzwiſchen für die Erbſchaft gemacht ſind, gelten als für ihn gemacht; alle Verpflichtungen, die inzwiſchen für die Erbſchaft entſtanden ſind, ſind für ihn entſtanden. Gegen dieſes Reſultat kann man ſich nicht berufen auf l. 16. de stip.

[36]) l. 59. §. 4. de h. i. cf. Eiſele, cit. p. 324.

[37]) l. 20. de lib. et posth. cf. Wendt, cit. p. 102.

[38]) l. 54 de acq. vel om. her. l. 138. pr. de R. V. cf. l. 26. de cond. inst. Condicione expleta pro eo est, quasi pure ei hereditas vel legatum relictum sit.

serv. 45, 3. l. 7. §. 18. de pact. 2, 4. und l. 20. §. 1. de cond. inst. 28, 7.[39])

Die l. 16. cit. iſt von Paulus aus dem vierten Buch ſeiner regulae und lautet:

> Servus hereditarius futuro heredi nominatim dari stipulatus nihil agit, quia stipulationis tempore heres dominus ejus non fuit.

Wenn der Sklave heredi stipulatur, ſo iſt das eine gültige Stipulation; wenn er aber Titio heredi stipulatur, während es noch zweifelhaft iſt, ob der Titius der Erbe iſt, ſo iſt dieß eine stipulatio praepostere concepta[40]) und deswegen nach der Lehre des klaſſiſchen römiſchen Rechts ungültig.

Die l. 7. §. 18. de pact. iſt von Ulpian. In ihr wird der von einem bedingt inſtituierten Sklaven mit den Gläubigern abgeſchloſſene Nachlaßvertrag nicht deswegen für unwirkſam erklärt, weil er von einem bedingt eingeſetzten pendente condicione abgeſchloſſen iſt, ſondern weil er von einem Sklaven abgeſchloſſen iſt, quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem; und die Möglichkeit einer Pendenz zwiſchen Freiheit und Sklaverei, wie die Lehre vom statuliber beweiſt, nie anerkannt ward. Uebrigens iſt ſehr zu beachten, daß Ulpian dem frei und Erben gewordenen Sklaven trotz der Nichtigkeit des pactum doch eine exceptio doli zugeſteht, verb.: quod in pacti exceptione admittendum est; sed an vel doli ei prosit exceptio, quaeritur. Marcellus in similibus speciebus licet antea dubitavit, tamen admisit .... Immo et in servo doli exceptio non est respuenda. Durch Zulaſſung der exceptio doli will Ulpian den Sklaven, der

[39]) cf. Wendt, die Lehre vom bedingten Rechtsgeſchäft. p. 102. sqq.

[40]) Wegen des praeposterum vergl. auch l. 63. pr. ad leg. Falc., ebenfalls von Paulus.

pendente condicione paziſziert hat, offenbar einem Freien, der pendente condicione paziſziert hat, und deſſen pactum gültig iſt, gleich ſtellen.

Die l. 20. §. 1. de cond. inst. lautet:

> Si quis hereditarium servum jussus est manumittere et heres esse, quamvis si manumiserit, nihil agat, tamen heres erit; verum est enim, eum manumisisse; sed post aditionem libertas servo data secundum voluntatem testatoris convalescit.

Erſtens iſt es nicht nöthig mit Wendt die Worte secundum voluntatem testatoris zu convalescit zu conſtruieren; und zweitens würde, wenn man dieß doch thäte, der Umſtand, daß die libertas secundum voluntatem testatoris und nicht secundum voluntatem heredis convalescit ſich recht gut daraus erklären laſſen, daß es außer bedingten teſtamentariſchen Manumiſſionen keine bedingten Manumiſſionen giebt[41]) und man deshalb die Manumiſſion, die wenn man ſie als von dem Erben vorgenommen betrachtete, als bedingte Manumiſſion erſchien, und ſomit ſchon deswegen ungültig war, lieber als von dem Teſtator geſchehen auffaßte.

Es mögen Fälle ſein, wie die in dieſen drei Stellen beſprochenen, die Celſus vor Augen hatte, als er ſagte: Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent.[42])

Bei bedingten Erbeseinſetzungen treten die Folgen einer bedingten translativen conſtitutiven Rechtsbeſtellung am klarſten vor Augen, und ſind auch ſtets am vollkommenſten anerkannt worden[43]), weil hier eine ſtörende Einwirkung durch Herüberziehung von vom dies

[41]) Enneccerus, Ueber Begriff und Wirkung der Suſpenſivbedingung. p. 56. sqq.

[42]) l. 193. de R. J.

[43]) cf. Savigny, Syſtem III. p. 152. — Dagegen Windſcheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung. p. 23. Wendt, cit. p. 101. sqq.

incertus geltenden Sätzen unmöglich war, weil es von jeher zweifellos anerkannt war, daß bei Erbeseinsetzungen Termine aller Art ausgeschlossen seien. Was die Proculianer in Betreff bedingter Legate lehrten, daß res interim nullius sei, was aber in Betreff bedingter Legate als unpraktisch verworfen ward, das mußten alle Parteien in Betreff bedingter Erbeseinsetzungen rückhaltlos anerkennen, weil hier ein Ausweg, wie er bei Legaten betreten ward, unmöglich war. Um die schlimmen praktischen Folgen davon, daß interim hereditas nullius sei, zu vermeiden, ward vom Praetor die bonorum possessio secundum tabulas aus einer bedingten Erbeseinsetzung eingeführt, ja ward sogar in einem Fall Erbschaftsantritt aus bedingter Berufung gegen cautio Muciana zugelassen: aber als Prinzip blieb hier immer rein und ungetrübt anerkannt: interim hereditas nullius est; aber heres quandoque adeundo jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.

In allen Fällen eines wahrhaft bedingten Rechtsgeschäfts hat man sich das Verhältniß nicht so zu denken, als komme erst im Augenblick des Eintritts der Bedingung ein Rechtsgeschäft und ein Recht zu Stande, würde dann aber als in früherer Zeit bereits bestanden betrachtet; sondern das Verhältniß ist so: durch Eintritt der Bedingung ist klar gestellt, daß ein bestimmtes Rechtsgeschäft und ein bestimmtes Recht schon längst zu Stande gekommen sind. Es ist also hier von Rückziehung der Wirkungen einer Thatsache in die Vergangenheit nicht im entferntesten die Rede; es wird nur constatiert, daß Wirkungen schon längst eingetreten sind, wovon man bisher noch keine klare Kenntniß hatte; die Bedingung ist keine rechtserzeugende Thatsache, sondern sie hat nur deklaratorische Bedeutung[44]).

Diese Darstellung wird durch die gegen die Zulässigkeit der so-

[44]) So faßt auch Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung p. 5. sqq. den Begriff der Rückziehung.

genannten Rückziehung der Bedingung in neuerer Zeit gemachten Ausführungen nicht betroffen. Wer die Bedingung wie Eisele definiert, kann ihrem Eintritt unmöglich rückwirkende Kraft beilegen, und dasselbe gilt überhaupt von allen denjenigen, die in jeder condicio einen dies erblicken, also den Begriff der reinen condicio leugnen; und auch Wendt hat vollkommen Recht, wenn er „es für unmöglich erklärt, daß irgend ein Ereigniß seine Wirkungen in die Vergangenheit zurückdatieren könne." Eisele definiert aber in Wahrheit nicht die Bedingung, sondern einen mit einer Bedingung combinierten dies; und auch Wendt faßt die Bedingung so auf, als wäre sie außer in Combination mit einem dies unmöglich. Ich glaube gewiß, daß im täglichen Verkehr eine mit einem Termin combinierte Bedingung viel häufiger vorkommt, als eine reine Bedingung; und in allen jenen Fällen ist die Möglichkeit einer Rückziehung prinzipiell zu verneinen; in allen Fällen einer wahren Bedingung aber ist die Rückziehung gerechtfertigt, in dem Sinne, wie ich es dargestellt habe. Windscheid[47]) will es von dem Willen der Parteien abhängen lassen, ob Rückziehung einer erfüllten Bedingung einzutreten habe, oder nicht; und nimmt wenigstens bei der Suspensivbedingung als Regel an, daß Rückziehung nicht eintrete, weil dieß dem präsumtiven Willen derer, die die bedingte Willenserklärung abgegeben haben, entspreche. Ich bin mit diesem Resultat vollständig einverstanden, würde es nur für richtiger halten, zu sagen: ein mit Bedingung combinierter dies kommt häufiger vor, als eine reine Bedingung[48]): im ersteren Falle ist nach Eintritt der Bedingung Rückziehung nicht zulässig, wohl aber im letzteren.

[45]) cf. Eisele cit. p. 262. sqq.

[46]) cf. Wendt, cit. p. 100.

[47]) Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung. p. 3 sqq. Pandekten. §. 91.

[48]) cf. Fitting, im Archiv f. civ. Praxis. XXXVIIII. p. 333.

Daß man die Rückziehung einer eingetretenen Bedingung nicht beweiſen kann mit l. 42. pr. de O. et A.[49]); l. 78. de V. O. l. 18. de reg. jur., l. 2. §. 3. de coll. bon.[50]); l. 27. qui et a quib. manumiss.[51]); l. 27. pro socio[52]); l. 8. de reb. cred.[53]); l. 16. de solut.[54]); l. 9. §. 2. l. 11. §. 1. qui pot.[55]); l. 137. §. 6. de V. O.[56]); l. 144. de R. J.[57]); gebe ich nach, obwohl in Betreff der l. 8. de reb. cred. Zweifel möglich ſind. Dagegen halte ich für vollſtändig beweiſend für die Rückziehung folgende Stellen: Gaj. II, 200. 244. §. 14. J. de inut. stip. 3, 19. c. 25. de test. 6, 23. c. 3. §. 3. comm. de leg. 6, 43. Gaj. III, 146. l. 8. pr. de per. et comm. l. 7. de manumiss. test.[58])

Als poſitive Beweismittel gegen die Zuläſſigkeit der Rückziehung einer eingetretenen Bedingung ſind benutzt worden:

1. Eine Reihe von mortis causa donatio redender Stellen.[59]) Dieſe Stellen beweiſen nichts, weil ubi sic donatur, ut si mors con-

[49]) cf. Eiſele, cit. p. 282. sqq. Wendt, cit. p. 106. 68.

[50]) cf. Eiſele, cit. p. 290. Man vergleiche beſonders auch noch l. 40. de stip. serv., wo von einer offenbar betagten Stipulation dasſelbe geſagt wird, wie in l. 78. de V. O. von einer bedingten.

[51]) cf. Eiſele, cit. p. 292. Wendt, cit. p. 106. In dieſer Stelle ſind beſ. die Worte sive in diem zu beachten.

[52]) cf. Eiſele, cit. p. 292.

[53]) cf. Windſcheid, cit. p. 14 Eiſele, cit. p. 300.

[54]) cf. Windſcheid, cit. p. 14. Eiſele, cit. p. 301. Wendt, cit. p. 107.

[55]) cf. Windſcheid, cit. p. 19. sqq. Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung p. 40. Eiſele, cit. p. 305. sqq.

[56]) cf. Windſcheid, cit. p. 13.

[57]) cf. Windſcheid, cit. p. 13

[58]) Gegen die Beweiskraft der letzten Stelle Eiſele cit. p. 293.

[59]) cf. Windſcheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung. p 5.

tigisset, tunc haberet, cui donatum est, nie eine reine Bedingung vorliegt, ſondern ſtets ein mit einer Bedingung combinierter Termin.

2. Eine Reihe von bedingten Legaten redender Stellen.[60]) Dieſe Stellen beweiſen nichts, weil die Verfaſſer derſelben ein bedingtes Legat, nie als rein bedingtes, ſondern ſtets als mit einem dies incertus a quo behaftetes Legat behandeln.

3. Eine Reihe von bedingten Stipulationen redender Stellen: l. 31. pr. de nov., l. 14. pr. §. 1. eod. l. 59. de V. O.[61]) Dieſe Stellen beweiſen nichts, weil, wie ſich im früheren gezeigt hat, die klaſſiſche römiſche Jurisprudenz in jeder einer Stipulation beigefügten Bedingung einen dies incertus a quo erblickte.

4. Der Satz[62]), daß ein zur Zeit der Willenserklärung vorhandenes rechtliches Hinderniß, wenn es zur Zeit der Erfüllung der Bedingung nicht mehr vorhanden iſt, der Entſtehung des Rechtsverhältniſſes nicht entgegentrete.

Dieſer Satz iſt unbewieſen aufgeſtellt, und ſteht in direktem Widerſpruch mit Gaj. 2, 244, wo berichtet wird, daß die Prokulianer, die bekanntlich bei einem bedingten Legat eine reine Bedingung annahmen, ein Legat an einen Gewaltunterthänigen des Erben definitiv für ungültig erklärten, ſelbſt wenn es unter einer Bedingung hinterlaſſen ſei, quia quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione, quam pure debere possumus. Ferner ſteht er in Widerſpruch mit dem bekannten Satz, daß eine res extra commercium und ein liber homo nicht zum Gegenſtand eines bedingten Rechtsgeſchäfts gemacht werden können.[63])

[60]) cf. Windſcheid, cit. p. 7. 11. Eiſele, p. 318. sqq.

[61]) cf. Windſcheid, p. 7. sqq. Eiſele, cit. p. 308. 314. Wendt, p. 110. 77. sqq. 51.

[62]) cf. Windſcheid, cit. p. 9. 10.

[63]) cf. l. 83. §. 4. de V. O. Eine res extra commercium und ein liber homo können nicht einmal ex die zum Object eines Rechtsgeſchäftes gemacht werden. l. 34. §. 2. de contr. emt.

Jener Satz kann nicht damit bewiesen werden, daß die Sabinianer, und die spätere klassische Jurisprudenz ein legatum sub condicione relictum an eine gewaltunterthänige Person des Erben für gültig erklärten, wenn vor Eintritt der Bedingung der Legatar gewaltfrei geworden war;[64]) denn die Sabinianer und die spätere klassische Jurisprudenz behandeln ein unter einer Bedingung hinterlassenes Legat als ex die incerto hinterlassen.

Ebensowenig kann jener Satz bewiesen werden durch l. 41. §. 2. de leg. l. 31. de V. O.[65]) l. 98. pr. eod., weil diese Stellen einmal theils zweifellos von Rechtsgeschäften reden, denen eine aus dies und condicio combinierte Nebenbestimmung beigefügt war, theils jedenfalls wenigstens von solchen Rechtsgeschäften verstanden werden können; andererseits aber auch von wahren Bedingungen verstanden genügend erklärt werden können, nach Maßgabe dessen, was ich zur Interpretation der l. 61. de contr. emt.[66]) gesagt habe.

5. Daß auf Grund einer bedingten Erbeseinsetzung pendente condicione nicht angetreten werden kann, und daß, wenn existente condicione aus ihr angetreten wird, die Frage, wem die Erbschaft erworben sei, nicht nach den Verhältnissen, die im Augenblick des Todes des Testators vorlagen, sondern nach den im Augenblick des Eintritts der Bedingung vorliegenden Verhältnissen zu beurtheilen ist,[67]) und warum dieß der Fall ist, davon habe ich bereits früher gesprochen; jedenfalls ist es nicht deswegen der Fall, weil eingetretene Bedingungen nicht zurückgezogen würden.

6. Ebenso habe ich mich über l. 8. pr. de per. et comm. und l. 10. §. 5. de jur. dot.[68]) bereits früher ausgesprochen.

[64]) Gaj. 2, 244 Ulp. 24, 23. § 32. J. de legat.

[65]) cf. Eisele, cit. p. 313

[66]) Eisele, cit. p. 314 vergl. oben p. 19.

[67]) Windscheid, cit. p. 11. Wendt, cit. p. 111. sqq. Eisele, cit. p. 324.

[68]) Windscheid, cit. p. 8. Eisele, cit. p. 314.

7. Auch die l. 12. §. 8. qui pot.**) beweiſt nichts, da ſich dieſelbe genügend durch die Annahme einer hypothekariſchen Succeſſion erklärt.

Man pflegt die Bedingungen in Suspenſivbedingungen und in Reſolutivbedingungen einzutheilen. Wenn Jemand zum Beiſpiel einen Garten verkauft unter der Bedingung, daß der Käufer an den Ort, wo der Garten gelegen iſt, verziehen werde, ſo ſagt man, daß ein Kaufgeſchäft unter einer Suspenſivbedingung abgeſchloſſen ſei; wenn dagegen jemand einen Garten mit der Nebenbeſtimmung verkauft, daß das ganze Kaufgeſchäft hinfällig werden ſolle, falls der Käufer nicht an den Ort verziehen werde, wo der Garten gelegen ſei, ſo ſagt man, das Kaufgeſchäft ſei unter einer Reſolutivbedingung abgeſchloſſen.

Es gilt nun das Verhältniß von Suspenſivbedingung und Reſolutivbedingung zu einander klar zu ſtellen. In dieſer Beziehung ſtehen ſich zwei Anſichten ſchroff gegenüber: Die einen behaupten, Suspenſivbedingungen und Reſolutivbedingungen ſeien weſentlich gleichartige Nebenbeſtimmungen bei Rechtsgeſchäften. Der Gattungsbegriff, wovon Suspenſivbedingung und Reſolutivbedingung Unterarten darſtellten, ſei die Bedingung im ſeither beſprochenen Sinne des Wortes. Dieſe Bedingung ſuspendiere nun, oder laſſe zweifelhaft erſcheinen entweder das Wollen oder das Nichtwollen, entweder die Exiſtenz, oder den Beſtand eines Rechtsgeſchäfts reſp. eines Rechtsverhältniſſes oder dergleichen; und danach ſei ſie entweder Suspenſivbedingung oder Reſolutivbedingung. Ja in weiterer Verfolgung dieſes Gedankens iſt man ſogar dahin gelangt, jeglichen wirklichen Unterſchied zwiſchen Suspenſivbedingung und Reſolutivbedingung zu leugnen, die übliche Unterſcheidung vielmehr in das Reich der un-

**) Eiſele, cit. p. 318.

klaren Gedanken zu verweiſen. Im direkten Gegenſatz hierzu geht eine andere Meinung dahin, Suspenſivbedingungen und Reſolutivbedingungen ſeien durchaus verſchiedenartige Nebenbeſtimmungen bei Rechtsgeſchäften; nur die Suspenſivbedingungen ſeien wahre Bedingungen in dem geſchilderten techniſchen Sinne des Wortes, die Reſolutivbedingungen dagegen ſeien Nebenbeſtimmungen ſelbſtändigerer Art; ſie ſeien mit einem Rechtsgeſchäft verbundene bedingte Nebengeſchäfte, welche die eventuelle Wiederauflöſung des prinzipalen Geſchäftes bezweckten. Dabei ereignete ſich in Folge eines verzwickten Sprachgebrauchs, der die in der Reſolutivbedingung ſteckende Bedingung mit der Reſolutivbedingung ſelbſt verwechſelte, daß gerade die eifrigſten Vertreter der Verſchiedenartigkeit der Suspenſivbedingung und der Reſolutivbedingung dem Wortlaut nach deren vollſtändige Gleichheit behaupteten.[70])

Ich ſtehe keinen Augenblick an, mich für die Richtigkeit der zweiten Auffaſſung zu erklären.

Nur die Suspenſivbedingung iſt eine Bedingung im geſchilderten techniſchen Sinne des Wortes; oder mit anderen Worten: die Suspenſivbedingung iſt nicht eine Art Bedingung; ſondern ihr Begriff iſt mit dem der Bedingung überhaupt vollſtändig identiſch; die Bedingungen in Suspenſivbedingungen und Reſolutivbedingungen ein-

[70]) Ich zitiere hier beiſpielsweiſe nur den erſten Schriftſteller, der ſich in dieſem Jahrhundert eingehender mit dem Begriff und Weſen der Reſolutivbedingung beſchäftigt hat, Thibaut, in ſeinen civiliſchen Abhandlungen p. 359. sqq., ferner Zimmern, im Archiv f. civ. Praxis V. p. 234. 235. Rieſer, in Zeitſchrift f. Civilrecht und Prozeß. II. p. 3 not. Arndts Pandekten §. 67. Neuere Schriftſteller die dieſelbe Auffaſſung von der Reſolutivbedingung haben, vermeiden dieſen Sprachgebrauch, und nennen nicht die Bedingung, ſondern das durch ſie bedingte Nebengeſchäft Reſolutivbedingung, ſo Windſcheid, Pandekten §. 86. in der vierten Aufl. Dernberg, Preuß. Privatrecht I. §. 90, Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung p. 23. sqq. Jhering, in Jahrb. f. Dogmatik X. p. 544. Köppen, der obligatoriſche Vertrag unter Abweſenden. p. 52

zutheilen, ist, wenn man unter Bedingung das versteht, was man gewöhnlich darunter versteht, und was in der bisherigen Darstellung als Begriff der Bedingung entwickelt worden ist, mindestens eine recht schlechte Terminologie.

Die Bedingung im technischen Sinne des Wortes ist ein integrierender Bestandtheil einer Willenserklärung und hat von dieser losgetrennt und als selbstständige Erklärung hingestellt, gar keinen Sinn. Dieß paßt nur von der Suspensivbedingung, nicht von der Resolutivbedingung.

Am klarsten und einfachsten kommt dieß in der Sprache zum Ausdruck. Eine Suspensivbedingung läßt sich nicht nur stets und ohne jeden Zwang mit der Hauptwillenserklärung in einen Satz bringen, indem sie der den Hauptsatz bildenden Hauptwillenserklärung in einem mit wenn oder falls oder dergl. beginnenden Nebensatz angehängt wird; sondern es ist dieß auch die regelmäßige Ausdrucksweise. Als ganz selbständiger Satz läßt sich der Inhalt der Suspensivbedingung nie wiedergeben, weil eben die Suspensivbedingung keinen selbständigen Gedanken repräsentiert; wohl aber läßt sie sich in der Weise in einem neuen Satz an die Hauptwillenserklärung anhängen, daß sie zwar den hauptsächlichsten einzig neuen Bestandtheil des neuen Satzes bildet, in Wirklichkeit aber doch nur erscheint als ein Nebensatz zu einem vielleicht nur zu einem einzigen Wort zusammengeschrumpften die Hauptwillenserklärung nochmals wiederholenden Hauptsatz. In einem jeden derartigen Fall sind aber jedenfalls mehr Sätze gemacht, als für einen klaren Gedankenausdruck nothwendig war, mag auch diese Bildung mehrerer Sätze in einem einzelnen Fall noch so gerechtfertigt erscheinen mit Rücksicht auf die Schönheit der Diktion oder die Uebersichtlichkeit der Darstellung. Ganz anders verhält es sich mit der Resolutivbedingung; diese läßt sich nie in einem unselbständigen Nebensatz an die Hauptwillenserklärung anhängen, ohne daß dadurch Undeutlichkeiten oder Zweideutigkeiten entständen. Die normale Ausdrucksweise ist hier die,

daß die Resolutivbedingung in einem selbständigen Satz an die Hauptwillenserklärung angehängt werde; wer sie in einen Nebensatz bringt, macht sich einer gedanken- und sprach-widrigen, aus Bequemlichkeit resultierenden Ausdrucksweise schuldig, die sich durch ihre Undeutlichkeit an ihm rächt. Es ist üblich, das Gegentheil zu behaupten, und zu sagen, wie eine Suspensivbedingung durch einen mit wenn beginnenden Nebensatz an die Hauptwillenserklärung angehängt werde, so sei die Resolutivbedingung in einem ebensolchen mit wenn nicht oder falls nicht oder ähnlichen Worten beginnenden an die Hauptwillenserklärung anzuhängen. Nun beginnt aber ein eine negative Suspensivbedingung enthaltender Nebensatz ebenfalls mit den Worten wenn nicht oder falls nicht; und man hat deshalb als Erkenntnißmittel für die Resolutivbedingung angegeben, daß in jedem einzelnen Fall, wo ein mit wenn nicht beginnender Nebensatz vorkomme, zu untersuchen sei, wohin das Wort nicht zu construieren sei, ob zu dem Wort wenn oder zu dem Prädikat des Nebensatzes; im ersteren Fall habe man es mit einer Resolutivbedingung zu thun, im letzteren Fall mit einer negativen Suspensivbedingung.[71]) Nur schade, daß man dem Wort nicht nie ansehen kann, wohin es zu construieren ist; denn seine zufällige Stellung im Satz kann doch wohl kaum für seine Beziehung maßgebend sein.[72]) Wie es eine unnöthige Weitläuftigkeit ist, wenn man eine Suspensivbedingung in einen besonderen Satz bringt; so ist es eine ungehörige Kürze, wenn man eine Resolutivbedingung in denselben Satz mit der Hauptwillens-

[71]) cf. Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung. p. 24 Anm. 2. Unger, Oesterr. Privatrecht. II. §. 82. Anm. 29. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. p. 117 sqq. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 24. cf. Cujacius, Comm. in lib. LXXIV. Pauli ad Edictum, ad l. 44. de obl. et act.

[72]) Noch augenfälliger ist dieß im lateinischen, wo man fast immer nisi sagt, auch wenn die Negation zum Prädicat gehört.

erklärung bringt. Oder: wer eine Hauptwillenserklärung und eine Resolutivbedingung äußerlich betrachtet in einem Satz zusammenfaßt, spricht in Wahrheit zwei Sätze aus, von denen nur der eine bis zur Unkenntlichkeit entstellt und verkümmert ist. Wer z. B. um eine Hauptwillenserklärung und eine Resolutivbedingung auszusprechen, sagt: ich will, wenn nicht, hat nur scheinbar zwei Sätze in einen mit einem Nebensatz ausgestatteten zusammengezogen; er will eigentlich sagen: ich will; nicht, wenn, oder vollständig: ich will; aber ich will nicht, wenn ...., oder noch deutlicher, weil auch in dieser Darstellnng noch eine auseinandergezogene Darstellung einer negativen Suspensivbedingung gefunden werden könnte: ich will; ich will aber, daß das durch diese meine Willenserklärung erzeugte Rechtsgeschäft und seine Folgen wieder vernichtet werden, wenn ....

Wie zweideutig die mit wenn nicht, beginnenden Nebensätze sind, in denen man bei streng grammatikalischer Interpretation nie etwas anderes, als eine negative Suspensivbedingung erblicken kann, in denen man aber bei ihrer häufigen Verwendung für Resolutivbedingungen stets eine Resolutivbedingung zu vermuthen berechtigt ist, beweisen die häufigen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob in einem gegebenen Fall ein mit wenn nicht beginnender Nebensatz als eine negative Suspensivbedingung oder als eine Resolutivbedingung enthaltend aufzufassen sei. Ich erinnere z. B. nur an die in den Pandekten behandelten im weiteren Verlauf dieser Darstellung noch genauer zu besprechenden Streitfragen, ob eine lex commissaria als Resolutivbedingung oder als Suspensivbedingung zu behandeln sei, oder ob in einer in diem addictio eine Resolutivbedingung oder eine Suspensivbedingung enthalten sei, und ebenso beispielsweise an die unter den Interpreten der Pandekten aufgetauchte Streitfrage, ob Paulus[73]) in der Stipulationsformel: centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit, die Bedingung als hinter das Wort spondes

[73]) cf. l. 44. § 2. de O. et A. und das folgende Kapitel.

gesetzte negative Suspensivbedingung, oder als Resolutivbedingung mit der Bezeichnung condicio, quae post perfectam obligationem ponitur, belege.

Also schon in der Sprache manifestiert sich eine vollkommene Verschiedenheit zwischen Suspensivbedingung und Resolutivbedingung, indem nur erstere ohne Undeutlichkeit sich mit der Hauptwillenserklärung in einen Satz zusammenfassen läßt; nie aber die letztere. Was aber hier in der Sprache zum Ausdruck kommt, hat seinen inneren Grund in dem Wesen der Bedingung im technischen Sinne des Worts. Aus dem Wesen der Bedingung im technischen Sinne des Wortes ergibt sich, das eine Zerlegung derselben in zwei Unterarten logisch unmöglich ist, und daß also, wenn Resolutivbedingungen und Suspensivbedingungen nicht überhaupt identisch sind, nur entweder die Resolutivbedingungen oder die Suspensivbedingungen wahre Bedingungen sein können, unmöglich aber beide.

Ein dies ist bestimmt, die Wirksamkeit einer Willenserklärung zeitlich zu begrenzen; eine derartige Begrenzung ist natürlich in doppelter Richtung denkbar, indem entweder der Beginn der Wirksamkeit der Willenserklärung hinaus geschoben wird, oder der sofort beginnenden Wirksamkeit der Willenserklärung ein Ziel gesetzt wird. Dieß gilt natürlich nicht nur von einem reinen dies, sondern ebensowohl von einem mit einer Bedingung combinierten dies. Ganz anders verhält es sich aber mit einer reinen Bedingung. Die Bedingung will, wie sich das in einem früheren Theil dieser Darstellung ergeben hat, in keiner Weise die Wirksamkeit einer Willenserklärung begrenzen; sie will es nur zweifelhaft erscheinen lassen, ob einer Willenserklärung in einer bestimmten Richtung ein Wille entspreche oder nicht; dieser Zweifel bezieht sich in keiner Weise auf die Dauer der Existenz des Willens, sondern lediglich auf die Existenz an und für sich, er bezieht sich nur auf die Frage, ob der Wille da ist, nicht auf die Frage, wann oder wie lange er da ist. Ein Zweifel über diese reine Existenz des Willens ist aber nur in einer einfachen Richtung mög-

lich; denn ob der Wille existiert, oder ob der Wille nicht existiert, ist ganz genau dieselbe Frage, und eine weitere Frage über die reine Existenz giebt es nicht. Nur wenn mit der Bedingung ein dies combiniert wäre, und also zu der Frage ob, auch die Frage von wann an oder bis wann hinzukäme, wäre eine Zwiefältigkeit von Fragen und eine verschiedene Wirksamkeit der Bedingung denkbar.

Ist nun die Wirksamkeit einer jeden reinen Bedingung stets die gleiche, daß sie nämlich die Existenz eines Willens in einer bestimmten Richtung eine Zeit lang zweifelhaft erscheinen läßt, so lassen sich die reinen Bedingungen nicht in zwei Unterabtheilungen eintheilen, deren Wirksamkeit eine verschiedene wäre; und stellt sich ferner heraus, daß der sog. Suspensivbedingung ganz genau dieselbe Wirksamkeit zukommt, wie der Bedingung überhaupt, wie dies allgemein anerkannt ist, so folgt daraus, daß nur die Suspensivbedingung eine wahre Bedingung ist, oder vielmehr, daß Suspensivbedingung und wahre Bedingung identisch ist, und daß die Resolutivbedingung eine anderartige Nebenbestimmung als die wahre Bedingung ist, die mit dieser nur den vieldeutigen Namen Bedingung gemein hat.

Die sog. Resolutivbedingung ist keine Bedingung, sondern sie ist ein bedingtes Nebengeschäft.

Wer ein Geschäft unter einer sog. Resolutivbedingung abschließt, schließt genau genommen zwei Geschäfte ab: ein Hauptgeschäft und ein dessen eventuelle Wiederauflösung bezweckendes bedingtes Nebengeschäft. Der Inhalt dieses bedingten die eventuelle Wiederauflösung bezweckenden Nebengeschäftes muß noch genauer charakterisiert werden.

Die eingetretenen Wirkungen eines pure abgeschlossenen Rechtsgeschäfts lassen sich nämlich in doppelter Weise durch ein bedingtes damit verbundenes Nebengeschäft eventuell wieder beseitigen:

1. Es wird mit dem Hauptgeschäft ein bedingtes Nebengeschäft verbunden, dessen eventuelle Ausführung die Beseitigung der durch das Hauptgeschäft herbeigeführten Folgen ganz oder theilweise nothwendiger Weise zur Folge hat. Dabei geht die Intention des Neben-

geschäfts durchaus nicht dahin, das Hauptgeschäft selbst zu beseitigen; das Hauptgeschäft soll vollständig bestehen bleiben, nur sollen seine Folgen, insoweit sie mit den Intentionen des Nebengeschäfts in Widerspruch stehen, wieder redressiert werden. Hierhin würde z. B. ein mit einem Kauf verbundenes bedingtes pactum de retrovendendo gehören. Dieses will das prinzipale Kaufgeschäft nicht nur nicht vernichten, sondern setzt sogar dessen fortdauernden Bestand für seine eigne Ausführbarkeit voraus.

2. Es kann aber auch sein, daß mit einem Hauptgeschäft ein bedingtes Nebengeschäft verbunden ist, das direkt darauf abzielt, das Hauptgeschäft mit allen durch es hervorgebrachten Wirkungen eventuell vollständig wieder aufzuheben: dann liegt eine Resolutivbedingung vor. Hatte es im ersten Fall geheißen: ich verkaufe Dir eine Sache, Du sollst aber unter Umständen verpflichtet sein, sie mir zurückzuverkaufen, so heißt es hier: Ich verkaufe Dir eine Sache; dieser Kauf soll aber rückgängig gemacht werden, wenn das oder jenes eintritt.

In einem jeden resolutiv-bedingten Geschäft kommt also eine Bedingung im technischen Sinne des Wortes vor; diese Bedingung ist aber keine Bedingung des prinzipalen Rechtsgeschäfts, sondern eine Bedingung eines mit dem prinzipalen Rechtsgeschäft verbundenen dessen eventuelle Wiederauflösung bezweckenden Nebengeschäfts. Wenn man von Resolutivbedingungen redet, versteht man aber gewöhnlich unter diesen Resolutivbedingungen nicht etwa die mit diesem Nebengeschäft verbundenen Bedingungen, — für diese wäre die Bezeichnung Resolutivbedingung eine möglichst schlecht gewählte, denn diese Bedingungen resolvieren nichts, sondern lassen es nur als zweifelhaft erscheinen, ob das Nebengeschäft, dem sie beigefügt sind, das Hauptgeschäft resolviert, — sondern man versteht unter Resolutivbedingung das ganze bedingte resolvierende Nebengeschäft; so daß also hier das Wort Bedingung nicht in dem engen technischen Sinne zu verstehen ist, sondern in der weiteren Bedeutung von Nebenbestimmung. Der Sprachgebrauch, daß man diese Nebenbestimmungen Resolutivbedingungen

nennt, hat sich daraus entwickelt, daß römische Juristen ein sogenanntes resolutivbedingtes Rechtsgeschäft als ein negotium purum, quod sub condicione resolvitur, bezeichnen, und daß man den Satz: quod sub condicione resolvitur, fälschlicher Weise in aktiver Gestalt so wiedergab: quod condicio resolvit[74]).

Die in den sogenannten Resolutivbedingungen enthaltenen Bedingungen unterscheiden sich in nichts von den mit anderen Rechtsgeschäften verbundenen Bedingungen, da für den Begriff der Bedingung der Inhalt des Rechtsgeschäfts, dem sie beigefügt sind, begreiflicher Weise vollständig indifferent ist. Enthält also eine reine Bedingung an und für sich nie einen dies, sondern ist nur die Möglichkeit gegeben, daß sie mit einem dies combiniert erscheine, so ist dasselbe von der in der sogenannten Resolutivbedingung enthaltenen Bedingung zu sagen. Wer natürlich prinzipiell die Möglichkeit einer reinen Bedingung leugnet, eine Bedingung vielmehr nur als in Verbindung mit einem dies denkbar anerkennt, der kann auch in der Resolutivbedingung keine reine, sondern nur eine mit einem dies combinierte Bedingung finden.[75]) Aber auch abgesehen davon, ist behauptet worden, daß im Gegensatz zur Suspensivbedingung in jeder Resolutivbedingung auch ein dies stecke, und daß deshalb die eingetretene in der Resolutivbedingung enthaltene Bedingung nie zurückgezogen werden dürfe;[76]) und zwar hat man diese Behauptung durch folgende Erwägung

[74]) Ueber den modernen Sprachgebrauch vergleiche man Anm. 70 und über den Sprachgebrauch der Römer weiter unten p. 49. 50.

[75]) So, wenn auch zum Theil ausnahmsweise Rückziehung zulassend: Schweppe, das römische Privatrecht. §. 118. Blume, Encyclopädie 2. Abth. §. 69. Wendt, die Lehre vom bedingten R.-G. p. 110. sqq. Förster, preuß. Privatrecht. I. §. 36. Bekker, Aktionen II. p. 290. Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung. p. 23. sqq. Pandekten I. §. 91. erkennt Rückziehung der eingetretenen Resolutivbedingung als Regel an.

[76]) cf. Müller, civ. Abhandlungen, p. 294. 303. 313. Unger, Oesterr. Privatrecht. II. §. 82. not. 76. Fitting, in Zeitschrift f. Handelsrecht. II. p. 255.

ſtützen wollen: „mit der Rückziehung würde ſich die Ungewißheit über die künftige Aufhebung des Rechtsverhältniſſes umwandeln in eine Ungewißheit über ſeine gegenwärtige Exiſtenz.“[77]) Dieſe Erwägung würde nur dann ſchlagend ſein, wenn der Erfolg der Rückziehung des Eintritts der in der Reſolutivbedingung ſteckenden Bedingung der ſein ſollte, daß dadurch das durch die Hauptwillenserklärung erzeugte Rechtsverhältniß ſo hingeſtellt würde, als wäre es nie zu Stande gekommen; dann würde allerdings, wenn man Rückziehung der eingetretenen Reſolutivbedingung annähme, der Erfolg des Eintritts der Reſolutivbedingung kein anderer ſein, als der Erfolg der Defizienz der entgegengeſetzten Suspenſivbedingung; durch die Reſolutivbedingung alſo wirklich die Exiſtenz und nicht die Wiederaufhebung eines Rechtsgeſchäfts oder Rechtsverhältniſſes in Frage geſtellt werden, und zwiſchen Suspenſivbedingung und Reſolutivbedingung alſo weiter kein Unterſchied, als ein Wortfaſſungsunterſchied ſein.

So iſt aber der Erfolg der Rückziehung des Eintritts der in der Reſolutivbedingung ſteckenden Bedingung gar nicht gemeint. Bei Eintritt dieſer Bedingung ſoll nicht die Hauptwillenserklärung als eine hohle keinem Willen entſprechende hingeſtellt werde, es ſoll nicht das durch dieſe Willenserklärung erzeugte Rechtsgeſchäft ſo vernichtet werden, als habe es nie beſtanden, ſondern es ſoll nur ſo wieder aufgehoben werden, als wäre es ſofort nach ſeiner Begründung unmittelbar wieder aufgehoben worden, denn in Wahrheit iſt es ja durch das in der Reſolutivbedingung ſteckende aufhebende Geſchäft ſofort wieder aufgehoben worden, nur hat man von dieſer Thatſache der ſofortigen Wiederaufhebung pendente condicione noch keine

Jhering, in Jahrb. f. Dogmatik. X. p. 541. 538. Vangerow. Pandekten, I. §. 96. Köppen, der obligatoriſche Vertrag unter Abweſenden. p. 53. Göſchen, Vorleſungen I. §. 101.

[77]) cf. Köppen, der obligatoriſche Vertrag unter Abweſenden p. 53.

ſichere Kenntniß gehabt. Allerdings wird die bedingte ſofortige Wiederaufhebung eines Rechtsgeſchäfts äußerlich betrachtet ſehr häufig gerade ſo ſich darſtellen, wie die bedingte Begründung eines Rechtsgeſchäfts. Wenn z. B. eine Stipulation ſofort in continenti durch einen bedingten Nebenvertrag wieder aufgehoben wird, ſo wird pendente condicione aus der Stipulation geradeſowenig geklagt werden können, wie wenn die Stipulation unter einer Bedingung abgeſchloſſen wäre. Aber der Grund iſt in beiden Fällen ein total verſchiedener: im letzteren Fall kann noch nicht geklagt werden, weil man noch nicht weiß, ob die Stipulation und mithin eine Klage überhaupt zu Stande gekommen iſt; im erſteren Fall kann dagegen deswegen nicht geklagt werden, weil zwar feſt ſteht, daß eine Stipulation und eine Klage zu Stande gekommen ſind, dagegen nicht feſtſteht, ob nicht auch ein pactum de non petendo zu Stande gekommen ſei, und das dadurch möglicher Weiſe geſchaffene Gegenrecht des Schuldners nicht vor Entſcheidung der Bedingung durch Anſtellung der Klage vernichtet werden darf.[78]) Eine auch praktiſche Verſchiedenheit der beiden Fälle zeigt ſich ſofort darin, daß das bedingte pactum de non petendo jeden Augenblick durch ein formloſes pactum beſeitigt werden kann, und dadurch der an und für ſich begründeten Stipulationsklage freier Lauf verſchafft werden kann; während eine ſuspenſivbedingte Stipulation unmöglich durch ein nudum pactum in eine unbedingte verwandelt und ſofort klagbar gemacht werden kann, ſondern nur durch Eingehung einer neuen Stipulation. Noch geringer,

[78]) arg. l. 80. 83. de jur. dot. Das Verhältniß dieſer beiden Stellen zueinander wird klar gemacht durch den Schluß des Scholion zu Bas. 29, 1, 76: *ἀνάγνωθι τὸ β' θέμα τοῦ πβ' διγ.* Danach iſt die in unſeren Handſchriften und Ausgaben als l. 83. bezeichnete Stelle in Wahrheit der § 1. der l. 82, und enthält eine bereits von Prokulus vorgenommene Verbeſſerung der in l. 80. referierten und da ebenfalls von Jarolenus verbeſſerten Anſicht des Labeo. Die Inſcription der l. 83. iſt eine durch ein Mißverſtändniß veranlaßte Wiederholung der Inſcription der l. 80.

als bei Stipulationen ist der Unterschied zwischen den augenfälligen Wirkungen einer Suspensivbedingung und einer Resolutivbedingung bei Consensualcontrakten, antequam res secuta est; mächtig dagegen ist er bei Eigenthumsübertragungen, wie sich das im Verlauf dieser Darstellung des weiteren zeigen wird.

Außer durch die Erwägung, daß bei Annahme der Rückziehung des Eintritts der in der Resolutivbedingung steckenden Bedingung, jeglicher Unterschied zwischen Resolutivbedingung und Suspensivbedingung schwinden würde, hat man dann die Behauptung, daß in jeder Resolutivbedingung ein dies enthalten sei, noch durch eine Reihe von Stellen, und durch weitere mit der Interpretation dieser Stellen im engsten Zusammenhang stehende Gründe rechtfertigen wollen. Auf diesen Quellenbeweis, den ich für durchaus mißlungen halte, kann ich mich hier noch nicht einlassen, weil die einzelnen einschlägigen Stellen eine so eingehende Behandlung erheischen, wie sie hier, ohne Störung des Zusammenhangs noch nicht vorgenommen werden kann. Bei Besprechung der einzelnen Stellen im weiteren Verlauf dieser Abhandlung werde ich Veranlassung nehmen, sie auch auf ihre Beweiskraft für oder gegen Rückziehung der eingetretenen in der Resolutivbedingung steckenden Bedingung zu prüfen.

In einer jeden Resolutivbedingung auch einen dies zu erblicken, ist nicht nur aus innern Gründen nicht nöthig, sondern man würde sich mit einer derartigen Annahme auch sehr häufig mit der Intention der ihren Willen unter einer Resolutivbedingung erklärenden Personen in Widerspruch setzen; ein Widerspruch, der nur gerechtfertigt wäre, wenn er entweder ausdrücklich vorgeschrieben wäre, oder allenfalls wenn in ihm sich eine Willensinterpretation manifestierte, die die allein geeignet wäre, einen sonst nicht aufrecht zu erhaltenden Willen aufrecht zu erhalten. Keine dieser beiden Voraussetzungen liegt aber vor.

Mit der dargestellten Auffassung einer Resolutivbedingung stimmen auch durchaus die Redewendungen überein, die von römischen Juristen

zur Bezeichnung eines resolutiv bedingten Rechtsgeschäftes oder einer Resolutivbedingung gebraucht werden.

Die Frage, ob in einem bestimmten Falle eine Resolutivbedingung oder eine Suspensivbedingung anzunehmen sei, wird eingekleidet in die Worte: videamus utrum condicio sit hoc an conventio.[79]) Ein resolutiv bedingter Kauf wird bezeichnet als eine emtio pura oder perfecta, quae sub condicione resolvitur;[80]) und eine resolutiv bedingte Schenkung als eine donatio, quae sub condicione solvatur.[81]) Zur Bezeichnung einer Resolutivbedingung selbst wird der Ausdruck gebraucht: condicio, quae post perfectam obligationem ponitur.[82]) Ob, wenn es heißt: quia nec tempore aut loco aut condicione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest,[83]) unter der condicio ein dies incertus zu verstehen sei, oder eine Resolutivbedingung, lasse ich dahingestellt, weil durch beider Eintritt die obligatio finitur, nur von verschiedenen Zeitpunkten an. Dagegen erscheint es als durchaus unzulässig, in Stellen, wo von einer Rechtsbestellung in condicionem oder ad condicionem die Rede ist, unter der condicio eine Resolutivbedingung zu verstehen,[84]) nicht nur, weil der Ausdruck, ein Recht werde bestellt ad condicionem, bis zum Eintritt einer Bedingung, eine möglichst schlechte Bezeichnung wäre für eine Rechtsbestellung unter einer Resolutivbedingung, deren Eintritt zurückgezo-

[79]) cf. l. 2. § 3. pro emt.

[80]) cf. l. 3 de contr. emt. l. 2. de in diem add. l. 1. de leg. commiss. l. 2. § 4. 5. pro emt. c. 4. de aed. act.

[81]) cf. l. 1. pr. § 1. de don. c. 2. de cond. caus. dat.

[82]) cf. l. 44. § 2. de O. et A.

[83]) cf. l. 55. de leg. I.

[84]) Göschen, Vorlesungen I. § 95. p. 283. Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts. I. § 111. Sell, Ueber bedingte Traditionen. p. 185.

gen wird, sondern weil auch die einzelnen Stellen, in denen der Ausdruck ad condicionem vorkommt, genügenden Anhalt bieten für die Erkenntniß, daß unter der condicio ein dies incertus ad quem zu verstehen sei. In der l. 4. de serv., wo von einer servitus ad certam condicionem constituta die Rede ist, wird als Beispiel einer solchen Bestellung ad certam condicionem: quamdiu volam, angegeben, dadurch also ganz klar ein dies incertus bezeichnet. In Vat. fr. 50. und l. 15. § 4. de test. mil. ist der Gegensatz zu ad oder in condicionem ex condicione, wodurch ein unbestimmter Anfangstermin bezeichnet wird; und in c. 12. de usufr. zwingt der ganze Zusammenhang unter der incerta condicio, bis zu der ein Ususfrukt legiert werde, einen dies incertus zu verstehn. Wenn endlich in einigen Stellen[85]) von der testamentarischen Ernennung eines Vormunds usque ad condicionem oder ad certam condicionem die Rede ist, so spricht nicht nur das usque und der ganze Zusammenhang der Stellen dafür, daß unter der condicio ein dies incertus zu verstehen sei, sondern namentlich auch der Umstand, daß eine Vormundsernennung unter einer reinen Resolutivbedingung ein gar zu unsinniges Rechtsgeschäft wäre; wie denn auch eine Vormundschaftsernennung unter einer Suspensivbedingung nicht als rein bedingte, sondern als mit einem dies incertus a quo behaftete aufgefaßt wird.[86])

Daß auch die materiellen Entscheidungen, welche die römischen Juristen in Betreff resolutivbedingter Rechtsgeschäfte treffen, die Richtigkeit dieser Auffassung bestätigen, wird Gegenstand der Darstellung der folgenden Theile dieses Abschnittes sein.

Auch die meisten neueren Juristen, von den Glossatoren bis in die jüngste Zeit, theilen im großen und ganzen und mit mannigfachen Modificationen diese Auffassung; so die Glosse, Cujacius, Connanus, Brusselius, Donellus, Lauterbach, Inst. Henning Böhmer, Stryk, Hellfeld, Höpfner, Malblanc, Thibaut, Schweppe, Mackeldey, Zimmern, We-

[85]) cf. § 2. J. quib. mod. tut. l. 14. § 5. de tut. l. 8 § 2 de test. tut.
[86]) cf. l. 11. pr. de test. tut.

ning-Ingenheim, Mühlenbruch, Seuffert, Rieſſer, Schilling, Puchta, Sell, Wächter, Vangerow, Savigny, Göttting, Sintenis, Arndts, Windſcheid, Dernburg, Czyhlarz, Jhering, Köppen.[87])

In entſchiedenſtem Widerſpruch zu der bisher beſprochenen Auffaſſung der Reſolutivbedingung ſteht eine andere bereits kurz erwähnte, die in der Reſolutivbedingung kein bedingtes Nebengeſchäft zu einem

[87]) cf. Glossa ad l. 2. de in diem add. l. 1. de lege commiss. l. 1. pr. de don. l. 2. § 3. pro emtore. — Cujacius, Comm. in lib. LIV. Pauli ad Edictum, ad leg. 2. § 3. pro emt., Comm. in tit. de R. V., ad l. 42., Comm. in tit. de contr. emt. ad l. 3. Connanus, Comm. juris civilis lib. III. cap. 7. § 2., lib. IV. cap. 8., lib. VII. cap. 9. § 3. Brusselius, de condicionibus. lib. I. tit. 1. § 5. lib. IV. tit. 4. Donellus, Comm. de jure civili, lib. XVI. cap. 17. § 5. sqq cap. 18. 19. Lauterbach, Collegium theoretico-practicum, lib. II. tit. 14. § 78. lib. XVIII. tit. 2. § 4. Just. Henning Boehmer, Dissertatio de verbis directis et obliquis, § 30. Exerc. ad Pandectas tom. I. p. 138. Stryk, Usus modernus Pandectarum, lib. XVIII. tit. 1. § 29. Hellfeld, Jurisprudentia forensis. § 1004. Höpfner, Commentar. § 490. 740. Malblanc, Principia juris Romani. § 266. Thibaut, Civiliſt. Abhandlungen. p. 360. 361. Schweppe, das römiſche Privatrecht. § 116. 118. Mackeldey, Pandekten, § 159. Zimmern, im Archiv f. civ. Praxis. V. p. 234. 235. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechts. I. § 135. 3. Aufl. p. 151. Mühlenbruch, Pandektenrecht. I. § 106. p. 203. und in Fortſetzung von Glücks Commentar. XXXXI. p. 48. 49. Seuffert, prakt. Pandektenrecht. I. § 76. Rieſſer, in Zeitſchrift f. Civilrecht und Proceß II p. 3. not. Schilling, Inſtitutionen. II. § 81. Puchta, Pandekten. § 61. Sell, Ueber bedingte Traditionen. p. 181. sqq. Wächter, Würtemb. Privatrecht. II. p. 691. Vangerow, Pandekten. I. § 96 Savigny, Syſtem. III. p. 135. 149. 154. sqq. Götting, in Zeitſchrift f. Civilrecht und Proceß. N. F. I. p. 260. Sintenis, Civilrecht. I. § 20. Arndts, Pandekten. § 67. Windſcheid, Pandekten. § 86., wenigſtens für das römiſche Recht; vergl. beſonders die vierte Auflage. Dernburg, Preuß. Privatrecht. I. § 90. Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung. p 23. sqq. Jhering, in Jahrb. für Dogmatik. X. p. 544. Köppen, der obligatoriſche Vertrag unter Abweſenden. p. 52. sqq.

unbedingten Hauptgeschäft erblickt, sondern die die Resolutivbedingung in gleicher Weise als einen integrierenden Bestandtheil einer Willenserklärung auffaßt, wie die Suspensivbedingung, die also eine wesentliche Gleichartigkeit zwischen Suspensivbedingung und Resolutivbedingung behauptet, indem sie diese beiden Arten von Bedingungen als Unterarten der Bedingung im technischen Sinne des Wortes darstellt. Diese Gleichartigkeit von Suspensivbedingung und Resolutivbedingung wird vertheidigt von Leibnitz, Cocceji, Dabelow, Windscheid, der diese Auffassung aber später, wenigstens für das römische Recht wieder aufgegeben hat, Böcking, Unger, Salkowsky, Scheurl, Maxen und Wendt;[88]) und außerdem hat sie wohl noch manchen stillen Verehrer unter denjenigen, die zwischen direct und indirect vernichtend wirkenden Resolutivbedingungen unterscheiden, indem sie die direct vernichtenden Resolutivbedingungen als integrierende Bestandtheile der Hauptwillenserklärung denken.[89])

[88]) cf. Leibnitz, Doctrina condicionum. c. III. Def. 21. 22. 23. Cocceji, Jus civile controversum. Lib. XVIII. tit. III, qu. V. Dabelow, Handbuch des Pandektenrechts. II. § 139. 140. p. 79. 92. sqq. Windscheid, Die Wirkung der erfüllten Bedingung. p. 24. Pandekten § 86. Anm. 6. erste und vierte Auflage. Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts. I. § 111. 113. II. § 156. Unger, Oesterr. Privatrecht. II. p. 64. 65. 82. Salkowsky, Zur Lehre von der Novation. p. 442. 443. Anm. 11. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. p. 110. sqq. 232. sqq. Maxen, Ueber Beweislast, p. 242. sqq. Wendt, die Lehre vom bedingten Rg. p. 2. 3.

[89]) cf. z. B. Voet, Comment. ad Pandectas. Lib. XVIII. tit. 2. § 1. 5. Lib. XVIII. tit. 3. § 1. 2. Glück, Commentar IV. p. 478. sqq. 487. sqq. XVI. p. 297. 264. Anm. 44. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß jeder, der der Resolutivbedingung stets oder unter Umständen direct vernichtende Wirkung zuschreibt, dieselbe als einen der Suspensivbedingung ähnlichen integrierenden Bestandtheil der Hauptwillenserklärung auffasse. Daß dieß unrichtig wäre, würde aus den meisten Citaten der Anm. 87 erhellen. Eine bedeutende Neigung, die Resolutivbedingung analog der Suspensivbedingung als einen integrierenden Bestandtheil der Hauptwillenserklärung aufzufassen, zeigt sich auch bei Connanus, Comment.

Der Gedankengang derjenigen, die eine wesentliche Gleichartigkeit zwischen Suspensivbedingung und Resolutivbedingung behaupten, ist nun im wesentlichen folgender:

„Durch die Bedingung wird der Wille und hiermit das Rechtsgeschäft von einem bestimmten Umstande abhängig gemacht. Dieß kann auf doppelte Weise geschehen. Es kann nämlich das Dasein des das Rechtsgeschäft erzeugenden und tragenden Willens oder das Nichtdasein desselben von der Wirklichkeit eines Umstandes abhängig gemacht werden. Im ersten Fall hängt das Wollen, also das Entstandensein des Rechtsgeschäfts, im zweiten Falle das Nichtwollen, also der Nichtbestand eines abgeschlossenen Rechtsgeschäfts von der Wirklichkeit des betreffenden Umstandes ab."

In beiden Fällen ist „etwas in suspenso, im ersten Falle die Existenz, im zweiten Falle die Nichtexistenz des Rechtsgeschäfts." Das suspendierende im ersten Fall nennt man Suspensivbedingung, das suspendierende im zweiten Fall nennt man Resolutivbedingung.[90])

Die Resolutivbedingung wird bezeichnet „als eine Qualification des rechtserzeugenden Willens, kraft deren derselbe das Erzeugte nur in einem solchen Zustand hervorbringt, daß es einem gewissen Umstand gegenüber nicht Stand zu halten vermag, von demselben wieder weggenommen wird.[91])

Jur. civ. Lib. III. cap. 7. § 2. Mühlenbruch, Pandektenrecht. I. § 106. p. 203. und in Fortsetzung von Glücks Commentar XXXXI. p. 48 49. Schilling, Institutionen. II. § 81. Puchta, Pandekten. § 61. Savigny, System. III. p. 135. 149. 154. sqq. An der Richtigkeit der von Fitting aufgestellten Genealogie der Auffassung Savigny's von der Resolutivbedingung macht mich der Umstand zweifeln, daß ich dasselbe, was Savigny in seinem System l. c. sagt, bereits in einem nach seinen Vorlesungen 1820 geschriebenen Collegienheft gelesen zu haben, mich erinnere. Sollte also Savigny, der bei Fitting erscheint, als habe er eine fremde Idee rezipiert und auf die Spitze getrieben, nicht vielmehr der Vater dieser Idee sein?

[90]) cf. Unger cit.

[91]) cf. Windscheid, Pandekten. I. § 86. Anm. 6 in der ersten bis drit-

Mit einer kleinen Modification des Gedankens und sehr starker Hinneigung zur Auffassung der Resolutivbedingung als einer zweiten zu der Hauptwillenserklärung hinzugefügten, oder implicite in ihr enthaltene Willenserklärung, macht dann Scheurl die Resolutivbedingung zu einer Bedingung des Bestandes des Rechtsgeschäfts, während er durch die Suspensivbedingung dessen Geltung oder dessen Wirksamwerden bedingt sein läßt.[92])

Diese ganze Auffassung könnte nur dann allenfalls als haltbar erscheinen, wenn man in der Resolutivbedingung keine reine Bedingung, sondern einen mit einer Bedingung combinierten Endtermin zu erblicken hätte. Sowie man aber die in dem geschilderten Sinne aufgefaßte Resolutivbedingung als reine Bedingung betrachtet, und folglich ihr, wenn sie eingetreten ist, rückwirkende Kraft beilegt, kommt man nothwendiger Weise zu dem Resultat, daß Resolutivbedingungen und Suspensivbedingungen nicht nur gleichartige Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften sind, sondern daß sie vollständig gleich sind.[93])

Denn:

1. Wird durch eine jede Resolutivbedingung die Nichtexistenz eines Willens in Frage gestellt, so wird nothwendig durch eine jede Resolutivbedingung auch die Existenz eines Willens in Frage gestellt. Und umgekehrt: wird durch eine jede Suspensivbedingung die Existenz eines Willens in Frage gestellt, so wird nothwendig durch eine jede Suspensivbedingung auch die Nichtexistenz eines Willens in Frage gestellt. Folglich wird sowohl durch die Resolutivbedingung wie durch die Suspensivbedingung gleichmäßig die Existenz wie die Nichtexistenz

ten Auflage. cf. Cocceji l. c.: „quia expresso pacto in hunc casum sibi reservat dominium, neque hactenus illud transtulit; . . . . . quia emtori in hunc casum nunquam concessum est."

92) cf. Scheurl cit. p. 110. 111. 232.

93) Diese vollständige Identität wird anerkannt von Salkowsky, Zur Lehre von der Novation. p. 442. 443.

eines Willens in Frage gestellt; folglich sind Suspensivbedingung und Resolutivbedingung vollständig gleich.[94])

2. Ist aber die Resolutivbedingung, wie Windscheid das Verhältniß dargestellt hat, eine Qualifizierung des rechtserzeugenden Willens, kraft deren derselbe das erzeugte nur in einem solchen Zustande hervorbringt, daß es einem gewissen Umstand gegenüber nicht Stand zu halten vermag, und zwar in dem Sinn, daß es bei Eintritt dieses Umstandes so angesehen wird, als habe es nie bestanden, so macht die Resolutivbedingung die Existenz des durch den rechtserzeugenden Willen erzeugten von diesem Umstand abhängig; und ist eine Suspensivbedingung eine derartige Qualificierung eines rechtserzeugenden Willens, daß die gewollten rechtlichen Wirkungen nur eintreten bei Vorhandensein eines gewissen Umstandes, so macht sie ebenfalls die Existenz des durch den rechtserzeugenden Willen erzeugten von diesem Umstand abhängig: folglich sind Resolutivbedingungen und Suspensivbedingungen gleich.

3. Bestand und Geltung oder Existenz eines Rechtsgeschäfts unterscheiden sich in der Weise von einander, daß Existenz das Vorhandensein des Rechtsgeschäfts in einem beliebigen indifferenten Zeitpunkt, Bestand aber das dauernde Vorhandensein desselben während einer bestimmten Zeitfrist bedeutet. Bei der Frage nach der Existenz handelt es sich darum, ob ein Rechtsgeschäft besteht, bei der Frage nach dem Bestand, wie lange es besteht. Soll nun der Eintritt der Resolutivbedingung die Bedeutung haben, daß er das Rechtsgeschäft so vernichtet, als hätte es nie bestanden, so ist durch die Resolutivbedingung mit dem Bestand zugleich auch die Existenz des Rechtsgeschäfts bedingt, denn nach Eintritt der Bedingung ist die Frage, ob das Rechtsgeschäft in irgend welchem Zeitpunkt als bestanden habend zu betrachten sei, zu verneinen. Wenn nun der Eintritt der Resolutivbedingung mit dem Bestand auch die Existenz des Rechts-

[94]) cf. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung p. 25. 26. Brinz, Pandekten p. 1471.

geschäfts aufhebt, so ist die Existenz des Rechtsgeschäfts von der Resolutivbedingung abhängig; und wenn man derartige Bedingungen, von denen die Existenz eines Rechtsgeschäfts abhängt, Suspensivbedingungen nennt, so folgt daraus, daß Suspensivbedingungen und Resolutivbedingungen identisch sind, oder die Resolutivbedingungen doch mindestens eine Unterart der Suspensivbedingungen bilden.[95])

Wer dennoch einen Unterschied zwischen Suspensivbedingungen und Resolutivbedingungen statuieren wollte, könnte nur auf denselben Unterschied heraus kommen, den man gewöhnlich durch Gegenüberstellung von negativen und affirmativen Bedingungen zu kennzeichnen pflegt, einen Unterschied, der sich nicht auf die Wirksamkeit der Bedingungen, sondern nur auf ihren Inhalt bezieht.

Daß die römischen Juristen Bedingungen der Art, die nach der bisher besprochenen Auffassung Resolutivbedingungen sein sollen, nicht als Resolutivbedingungen, sondern als Suspensivbedingungen auffaßten, beweist am klarsten die Art, wie sie eine bedingte ademtio legati behandelten.

Wenn jemand ein Legat aussetzt, und dann dasselbe unter einer Bedingung wieder adimiert, so läßt sich der Sinn seiner Willenserklärung allenfalls in doppelter Weise auffassen: entweder so, als wolle er, daß das Legat zunächst als zu Recht bestehend betrachtet werde und nach seinem Tod auch ausgezahlt werde, daß es aber, wenn die Bedingung eintrete, hinfällig werden solle, so daß der Legatar alles was er in Folge des Legates etwa habe, zurückgeben müsse; oder so, daß seine Verfügung dem Eintritt eines bestimmten Umstandes gegenüber keine Wirksamkeit haben solle. Die römischen Juristen entschieden sich für die letztere Auffassung, behandelten das Legat aber nicht als ein resolutivbedingtes, wie sie hätten thun müssen, wenn sie sich die Resolutivbedingung so gedacht hätten, wie das soeben besprochen worden ist, sondern sie behandelten es als ein

[95]) Man vergleiche außerdem Czyhlarz cit. p. 28. 29. 7.

ſuſpenſivbedingtes,[96]) erkannten alſo die Identität der ſoeben beſprochenen Bedingungen mit den Suſpenſivbedingungen vollſtändig an.

Die bezüglichen Ausſprüche ſind von Labeo, Javolenus, Julianus, Gajus, Paulus und Florentinus. Daraus erhellt, daß römiſche Juriſten der verſchiedenſten Schulen und der verſchiedenſten Zeiten eine vollſtändig klare Vorſtellung davon hatten, daß, wenn jemand erkläre: er wolle, er wolle aber nicht, wenn —, keine Reſolutivbedingung, ſondern eine Suſpenſivbedingung vorliege; und ich kann deshalb durchaus nicht mit Brinz[97]) übereinſtimmen, der die Reſolutivbedingung nur für einen unklaren Begriff hält, den nicht alle römiſchen Juriſten gebilligt hätten, und deſſen Rechtfertigung allem Anſchein nach nicht möglich ſei. Die römiſchen Juriſten waren vollſtändig einig über den Begriff der Reſolutivbedingung, und dieſer Begriff iſt ein vollſtändig klarer, wie ich ihn vorhin entwickelt habe. Nur in einem gegebenen Fall konnte es bei zweideutiger Redeweiſe der ihren Willen erklärenden Perſonen zweifelhaft erſcheinen, ob ſie eine Suſpenſivbedingung oder eine Reſolutivbedingung meinten, und auf dieſe Zweifel beziehen ſich die von Brinz angezogenen Meinungsverſchiedenheiten römiſcher Juriſten, nicht auf den Begriff der Reſolutivbedingung.

[96]) cf. l. 40. § 2. de cond. et dem. l. 10. pr. de adim vel transf. leg. l. 107. de cond. et dem. l. 6 pr. quando dies. l. 14 pr. de adim. vel transf. leg.

[97]) cf. Brinz, Pandekten. § 330. p. 1469. sqq.

Zweites Kapitel.

Consequenzen aus dem aufgestellten Begriff der Resolutivbedingung und Nachweis der Anerkennung dieser Consequenzen in den Quellen des römischen Rechts.

Die Resolutivbedingung hat sich dargestellt als ein mit einem Hauptgeschäft in continenti verbundenes, bedingtes Nebengeschäft, das die eventuelle Wiederauflösung des Hauptgeschäftes bezweckt. Ob, sobald das Nebengeschäft durch Eintritt der Bedingung perfect geworden ist, die Wiederauflösung des Hauptgeschäfts und die Beseitigung seiner Folgen direct und ohne weiteres, oder nur indirect eintrete, ob namentlich das durch das Hauptgeschäft erzeugte Recht von selbst untergehe, oder ob nicht vielmehr nur für den Berechtigten eine Verpflichtung entstehe, sein Recht aufzugeben, das richtet sich darnach, ob das die Resolutivbedingung bildende Nebengeschäft einen solchen Inhalt hat, und in eine solche Form eingekleidet ist, wie sie zur Aufhebung eines solchen Rechtsgeschäfts, als welches sich das Hauptgeschäft darstellt, und seiner Folgen verlangt werden, oder nicht.

Man muß sich also, um die Wirkung einer einem bestimmten Rechtsgeschäft beigefügten Resolutivbedingung ermessen zu können, das Hauptgeschäft und die Resolutivbedingung, die in casu zu einem Rechtsgeschäft verbunden sind, in zwei getrennte Rechtsgeschäfte auseinanderlegen. Man muß sich denken, ein Hauptgeschäft sei vorbehaltlos abgeschlossen worden. Später sei dann ein zweites bedingtes Rechtsgeschäft abgeschlossen worden, das die Wiederaufhebung des ersten Rechtsgeschäfts bezwecke. Würde durch dieses zweite Geschäft, wenn die Bedingung einträte, das erste direct aufgehoben, so wird es auch durch eine, diesem zweiten Geschäft dem Inhalt und der Form nach gleiche Resolutivbedingung, wenn die Bedingung eintritt, ebenso direct aufgehoben. Würde dagegen das erste Geschäft durch das zweite nicht direct aufgehoben werden können, so kann es auch nicht durch eine Resolutivbedingung gleichen Inhalts und gleicher Form, wie dieses zweite Rechtsgeschäft, bei Eintritt der Bedingung, direct

aufgehoben werden, ſondern es treten hier nur dieſelben indirecten Wirkungen ein, die auch eintreten würden, wenn das als Reſolutivbedingung erſcheinende Nebengeſchäft als ſelbſtändiges Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen worden wäre.

Alſo zum Beiſpiel:

Conſenſualcontracte werden durch formlos erklärten Conſens geſchloſſen, und können alſo auch nach der bekannten Regel, daß prout quidque contractum est, ita etiam solvi debet, wenigſtens antequam res secuta est, durch formloſe Conſenserklärung wieder aufgehoben werden. Ob der auf Auflöſung gerichtete Conſens pure oder unter einer Bedingung erklärt wird, iſt für ſeine auflöſende Wirkſamkeit, im letztern Fall vorausgeſetzt, daß die Bedingung eintritt, vollſtändig einerlei.

So gut nun durch eine als ſelbſtſtändiger Vertrag erſcheinende, auf Wiederauflöſung des Conſenſualcontracts gerichtete bedingte Conſenserklärung bei Eintritt der Bedingung der Conſenſualcontract ipso jure vernichtet wird, ſo gut muß er ebenfalls ipso jure vernichtet werden, wenn die Bedingung eines in continenti mit ihm verbundenen, bedingt auflöſenden Nebenvertrags, als welcher ſich eine Reſolutivbedingung darſtellt, eingetreten iſt.

Analoges gilt bei Stipulationen. Eine Stipulation wird verbis contrahiert und kann deshalb auch nur verbis, durch Acceptilation, wieder aufgehoben werden; ein bloßes pactum würde nur für den Schuldner eine exceptio pacti de non petendo zu erzeugen im Stande ſein. Was von der unbedingten Auflöſung gilt, muß natürlich in gleicher Weiſe auch von der bedingten Auflöſung gelten. Ein bei Eintritt der Bedingung ipso jure die Stipulation vernichtender Auflöſungsvertrag wäre nur in Geſtalt einer bedingten Acceptilation denkbar, und iſt, da eine Acceptilation keine Bedingung verträgt, in Wirklichkeit unmöglich. Da nun eine Reſolutivbedingung, die bei Eintritt der Bedingung die Stipulation ipso jure vernichten ſollte, nur in Geſtalt eines auch als ſelbſtändiger Vertrag die Stipulation

bei Eintritt der Bedingung ipso jure vernichtenden Nebenvertrages denkbar wäre, ein derartiges Rechtsgeschäft aber nicht existiert, so folgt daraus, daß die Hinzufügung einer ipso jure vernichtend wirkenden Resolutivbedingung bei Stipulationen unmöglich ist. Eine einer Stipulation beigefügte Resolutivbedingung kann nur Inhalt und Form eines bedingten pactum de non petendo haben, und also auch bei Eintritt der Bedingung weiter keine Folgen haben, als ein solches, d. h. dem Schuldner gegen die aus der Stipulation hervorgehende Klage eine exceptio pacti de non petendo verschaffen.

Aehnlich wie bei Stipulationen verhält es sich beim Damnationslegat. Eine beim Eintritt der Bedingung ipso jure vernichtend wirkende Resolutivbedingung wäre hier in der Weise denkbar, daß mit der Anordnung des Damnationslegats eine bedingte ademtio legati verbunden würde. Aber eine bedingte ademtio legati fassen die römischen Juristen, wie bereits im ersten Kapitel erwähnt, nicht als eine einem Legat beigefügte Resolutivbedingung, sondern als eine nachträgliche Hinzufügung einer Suspensivbedingung auf indem sie die Willensäußerung des Testators sehr verständiger Weise nicht dahin verstehn, daß das Legat einstweilen wirksam sein solle, seine Wirksamkeit aber verlieren solle, wenn ein bestimmter Umstand eintrete, so daß alle inzwischen eingetretenen Folgen rückgängig gemacht werden müßten, sondern vielmehr so, daß seine Wirksamkeit von vornherein von der Existenz oder Nichtexistenz eines gewissen Umstandes abhängen solle.

Da auf diese Weise die einzige Möglichkeit, wie eine ipso jure wirkende Resolutivbedingung einem Damnationslegat hätte beigefügt werden können, unbrauchbar geworden ist, ist bei Damnationslegaten eine ipso jure wirkende Resolutivbedingung gerade so unmöglich, wie bei Stipulationen. Dagegen steht durchaus nichts im Wege, dem Damnationslegat eine bedingte weitere Anordnung hinzuzufügen, wodurch

dem Honorierten unter Umständen verboten wird, das Legat geltend zu machen. Wenn die Bedingung dieser Anordnung eintritt, ist das Damnationslegat durchaus nicht vernichtet; aber es ist jetzt definitiv eine Einrede geschaffen, die seine Geltendmachung für alle Zeiten hindert. Eine derartige Anordnung würde sich darstellen als ein fideicommissum liberationis an den Erben; und warum ein solches nach klassischem Recht ungültig gewesen sein sollte, läßt sich durchaus nicht absehn; denn aus l. 55. de leg. I. von Pomponius:

> Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant, quia nec tempore aut loco aut condicione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest;

kann dieß, wenn diese Stelle überhaupt hierhergehört und unter condicio nicht vielmehr ein dies incertus ad quem zu verstehen ist, nicht gefolgert werden, weil in dem Gesetz nur steht, daß die obligatio heredis non potest finiri, nicht aber auch, daß sie auf dem Weg der exceptio nicht sollte entkräftet werden können.**) Noch viel weniger könnte aber die Ungültigkeit des besprochenen fideicommissum liberationis daraus abgeleitet werden, daß nach klassischem Recht temporalia legata ungültig sind, weil diese Bestimmung, die wörtlich zu verstehen, aber nur auf Vindicationslegate zu beziehen ist, wie sich im folgenden Abschnitt zeigen wird, einen Grund hat, der auf resolutivbedingte Legate durchaus nicht paßt, und dann, weil aus der Ungültigkeit der legata temporalia, wenn überhaupt aus ihr etwas gefolgert werden könnte, nicht die Ungültigkeit jenes fideicommissum liberationis folgen würde, sondern die Ungültigkeit des ganzen resolutivbedingten Legates.

Vollends nach justinianeischem Recht kann, wenn einem eine Obligation begründenden Legat eine Resolutivbedingung der besprochenen Art, die sich also nicht darstellt als eine bedingte ademtio legati, beigefügt ist, an der vollen Wirksamkeit dieser Resolutivbedingung

**) cf. l. 44. § 1. de O. et A.

als Resolutivbedingung nicht gezweifelt werden; und zwar wird im justinianeischen Recht bei Eintritt der Bedingung die obligatio legati ipso jure untergehn; da für die Begründung weiter nichts vorgeschrieben ist, als die Anordnung im Testament, und also auch für eine Beendigung nichts weiter verlangt werden kann.

Ein resolutivbedingtes Vindicationslegat kam durch bedingte ademtio legati im klassischen Recht gerade so wenig zu Stande, wie ein resolutivbedingtes Damnationslegat. Die bedingte ademtio ward auch hier als eine nachträgliche Setzung einer Suspensivbedingung betrachtet. Dagegen steht der Annahme gar nichts im Weg, daß ein resolutivbedingtes Vindicationslegat im klassischen Recht in der Weise zu Stande kam, daß der Legatar mit einem bedingten Fideicommiß zu Gunsten der Erben beschwert wurde. Daß legata temporalia nicht zulässig waren, kommt, als auf einem hierher nicht passenden Grund beruhend, hiergegen gar nicht in Betracht. Im justinianeischen Recht können resolutivbedingte Legate von Eigenthum oder dinglichen Rechten an Sachen des Testators zweifellos in der Weise angeordnet werden, daß das Eigenthum resp. dingliche Recht zunächst an den Legatar kommt, existente condicione aber ipso jure an den Erben zurückfällt.**)

Jura in re alinea werden im justinianeischen Recht durchaus unter Lebenden durch bloßen Vertrag begründet, können also auch durch bloßen Vertrag wieder beseitigt werden, also auch durch eine als auflösender Nebenvertrag sich darstellende, mit dem Bestellungsvertrag verbundene Resolutivbedingung, wenn die Bedingung eintritt.

Eigenthum kann im justinianeischen Recht unter Lebenden nur durch Tradition übertragen werden. Im antejustinianeischen Recht gab es außerdem noch zu diesem Zweck die zwei Rechtsgeschäfte, der mancipatio und der in jure cessio.

**) Ueber resolutivbedingte Legate vergleiche man Savigny, System. III. p. 219. Bangerow, Pandecten. II. § 434. Anm. 1. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 18. 399. 82. 83.

Bei Eigenthumsübertragungen durch Manzipation wäre die Hinzufügung einer bei Eintritt der Bedingung ipso jure die Eigenthumsübertragung wieder rückgängig machenden Resolutivbedingung nur in der Weise denkbar gewesen, daß mit der ersten Manzipation eine zweite in umgekehrter Richtung wirkende bedingte Manzipation oder Injurecession verbunden worden wäre. Eine bedingte Mancipation oder Injurecession war aber unmöglich, folglich war auch eine ipso jure vernichtend wirkende Resolutivbedingung bei Manzipationen unmöglich.

Bei Eigenthumsübertragungen durch Injurecession wäre die Hinzufügung einer ipso jure die Eigenthumsübertragung vernichtenden Resolutivbedingung, wenn es sich um Eigenthum an res mancipi handelte, nur in derselben doppelten Weise denkbar gewesen, wie bei der Manzipation, war also unmöglich; handelte es sich dagegen um Uebertragung von Eigenthum an res nec mancipi, so war eine bei Eintritt der Bedingung ipso jure vernichtend wirkende Resolutivbedingung in der Weise denkbar, daß mit der Injurecession und damit verbundener Tradition gleich eine bedingte Rücktradition verbunden ward, oder doch wenigstens ein bedingtes constitutum possessorium. Ob man diesen Weg in Wirklichkeit jemals einschlug, ist mehr als zweifelhaft; in den erhaltenen Quellen des römischen Rechts wird er nicht erwähnt, und kommt in diesen Quellen von einer einer Manzipation oder Injurecession beigefügten, bei Eintritt der Bedingung ipso jure vernichtend wirkenden Resolutivbedingung keine Spur vor. Wo eine durch Manzipation oder Injurecession bewirkte Eigenthumsübertragung durch einen Nebenvertrag eventuell wieder rückgängig gemacht werden soll, wird dieser Zweck erreicht durch ein bedingtes, mit der mancipatio oder in jure cessio verbundenes pactum fiduciae.

Wenn durch Tradition quiritarisches Eigenthum übertragen ward, war die Hinzufügung einer bei Eintritt der Bedingung ipso jure vernichtend wirkenden Resolutivbedingung nur in derselben Weise denk-

bar, wie bei der in jure cessio. Denn wer durch Tradition sein volles Eigenthum auf einen andern übertragen hat, hat dadurch jeglichen Nexus zwischen sich und seinem Eigenthum gelöst. Wenn also eine Resolutivbedingung, die einer derartigen Eigenthumsübertragung beigefügt wird, bei Eintritt der Bedingung bewirken soll, daß das Eigenthum an den Uebertragenden zurückkehre, so ist es nöthig, daß sie in eine solche Gestalt eingekleidet sei, daß sie im Stande ist, den zerstörten Nexus zwischen dem alten Eigenthümer und seinem Eigenthum wieder herzustellen. Ein bloßer Vertrag ist aber hierzu nicht im Stande. Damit also die Resolutivbedingung bei Eintritt der Bedingung das Eigenthum zurückübertragen könne, muß sie selbst in die Gestalt einer Tradition eingekleidet sein, d. h. es muß mit der Eigenthum zuerst übertragenden Tradition behufs eventueller Rückübertragung eine bedingte Rücktradition oder ein bedingtes constitutum possessorium verbunden sein. Daß man freilich jemals mit der Tradition quiritarischen Eigenthums eine solche bedingte Rücktradition verbunden habe, davon hat sich keine Spur erhalten. That man es aber nicht, sondern schloß nur einen bedingten Nebenvertrag über die Rückkehr des Eigenthums ab, so war dieser Nebenvertrag allerdings vollständig gültig und als Nebenvertrag zu einer Tradition auch klagbar; trat die Bedingung aber ein, so übertrug er nicht von selbst das Eigenthum auf den alten Eigenthümer zurück, sondern erzeugte nur eine obligatio ad retrotradendum.

Anders verhielt es sich, wenn durch die Tradition seitens eines quiritarischen Eigenthümers nur bonitarisches Eigenthum übertragen ward. Durch Uebertragung von bonitarischem Eigenthum ist der quiritarische Eigenthümer nicht außer jeglichen Conner mit seiner Sache getreten; er hat noch das nudum jus Quiritium, und neben dieses nudum jus Quiritium ist nun noch ein zweites anders geartetes Eigenthum, das bonitarische Eigenthum, hingetreten. Pendente condicione wird der bonitarische Eigenthümer vom Prätor nicht nur dritten Personen gegenüber, sondern auch dem quiritarischen Eigen-

thümer gegenüber geſchützt durch die Publiciana in rem actio und durch die exceptio rei venditae et traditae oder analoge Einreden. Existente condicione ſind dieſe beiden Rechtsmittel entweder ganz weggefallen, weil die ſowohl zur Begründung der actio Publiciana wie zur Begründung der exceptio rei venditae et traditae nothwendige justa causa durch den Eintritt der Bedingung weggeräumt iſt, oder ſie können doch wenigſtens vom quiritariſchen Eigenthümer durch eine exceptio oder replicatio entkräftet werden, wenn die justa causa, wie z. B. eine Stipulation, durch Eintritt der Bedingung zwar nicht ipso jure aufgehoben, wohl aber ope exceptionis entkräftet iſt; und ſo iſt alſo der quiritariſche Eigenthümer in der Ausübung ſeines Eigenthums wieder vollſtändig frei geworden, da natürlich auch die Succeſſoren des bonitariſchen Eigenthümers ihm gegenüber nicht mehr Recht haben können, als der bonitariſche Eigenthümer ſelbſt.

Hatte ein bonitariſcher Eigenthümer ſein bonitariſches Eigenthum durch Tradition unter einer Reſolutivbedingung weiter übertragen, ſo war das Verhältniß ein anderes, wie wenn der quiritariſche Eigenthümer ſein quiritariſches Eigenthum übertragen hatte. Durch Uebertragung des quiritariſchen Eigenthums iſt der ganze quiritariſche Eigenthumsnexus zwiſchen Eigenthümer und Eigenthum vernichtet; nicht ebenſo durch Uebertragung von bonitariſchem Eigenthum der bisherige bonitariſche Eigenthumsnexus. Denn trotz der Uebertragung des bonitariſchen Eigenthums auf einen anderen, iſt es doch immer noch wahr, daß der bisherige bonitariſche Eigenthümer die betreffende Sache beiſpielsweiſe einmal gekauft und tradiert erhalten hat, und iſt es alſo für ihn immer noch möglich, die Publiciana in rem actio und die exceptio rei venditae et traditae zu gebrauchen.[100]) Würde er allerdings pendente condicione mit dieſer ſeiner Publiciana in rem actio gegen den neuen

[100]) Man vergleiche hierüber meine Schrift über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio und meine Ausführungen in dieſem Kapitel weiter unten unter Nr. III.

bonitarischen Eigenthümer auftreten wollen, so würde er von diesem mit einer exceptio rei venditae et traditae zurückgeschlagen werden; klagt er aber existente condicione, so muß er, da durch die Existenz der Bedingung die venditio, auf die sich der Beklagte ihm gegenüber berufen konnte, aufgehoben ist, und ihm also keine exceptio rei venditae et traditae mehr entgegengesetzt werden kann, nothwendig siegen.

Ein quiritarischer Eigenthümer ist nun meistens zugleich auch bonitarischer Eigenthümer und hat als solcher neben seiner rei vindicatio die Publiciana in rem actio. Ueberträgt er nun quiritarisches oder bonitarisches Eigenthum auf einen anderen, so hat er dadurch jedenfalls seine rei vindicatio im ersteren Fall verloren, im letzteren entkräftet; auch seine Publiciana in rem actio ist zunächst, wenigstens dem neuen Eigenthümer und dessen Successoren gegenüber, wirkungslos geworden. Hatte er aber die Eigenthumsübertragung nur unter einer Resolutivbedingung vorgenommen, und ist die Bedingung eingetreten, so kann er zwar seine verloren gegangene rei vindicatio nie ohne Rückübertragung des Eigenthums wiedererlangen, wohl aber ist seine rei vindicatio, wenn sie nur entkräftet war, und ebenso seine Publiciana in rem actio wieder vollkräftig geworden. In dieser Publiciana in rem actio hat er also immer eine dingliche Klage, mit der er das Hinfälliggewordensein des von ihm übertragenen Eigenthums geltend machen kann; aber diese Publiciana in rem actio wird nur seinem nächsten Successor gegenüber stets von Bedeutung sein, denn war dieser nur bonitarischer Eigenthümer, so hat er jetzt meist gar keine exceptio mehr, die er der Publiciana seines Autors entgegensetzen könnte, sonst aber jedenfalls nur eine durch eine replicatio entkräftbare; war er aber quiritarischer Eigenthümer, so kann seine exceptio justi dominii durch eine ihn auf seine Restitutionspflicht verweisende replicatio entkräftet werden. Den Successoren seines Successors gegenüber wird der alte Eigenthümer mit seiner Publiciana aber nur dann etwas ausrichten können, wenn er nur

bonitarisches Eigenthum unter einer Resolutivbedingung übertragen hatte, und die Usucapionszeit noch nicht abgelaufen ist.

Im justinianeischen Recht ist der Unterschied zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigenthum bekanntlich verschwunden; es giebt nur noch ein Eigenthum, und das ist ein volles Eigenthum, analog dem alten quiritarischen. Im justinianeischen Recht überträgt also ein jeder, der Eigenthum auf einen andern überträgt, volles Eigenthum auf ihn, denn andernfalls würde er ihn gar nicht zum Eigenthümer machen. Wenn er aber volles Eigenthum auf einen anderen überträgt, so hat er nothwendiger Weise jeden Nexus zwischen sich und seinem bisherigen Eigenthum zerrissen, weil ein condominium plurium in solidum nicht existiert, und es ein anderes Eigenthum als ein volles Eigenthum nicht giebt. Wenn er also wieder Eigenthümer werden will, so ist es nöthig, daß er eine Handlung vornehme, wodurch der alte Nexus wieder hergestellt werde; wenn er also dadurch eventuell wieder Eigenthümer werden will, daß er der Eigenthumsübertragung eine Resolutivbedingung beifügt, so muß er, um seinen Zweck direct zu erreichen, der Resolutivbedingung eine solche Gestalt geben, daß sie im Stande ist, den alten Nexus wieder herzustellen: eine solche Gestalt ist aber ausschließlich eine bedingte Rücktradition, oder ein bedingtes constitutum possessorium seitens des Empfängers. Hat er dagegen nur verabredet, daß das Eigenthum eventuell an ihn zurückfallen solle, so hat er bei Eintritt der Bedingung weiter nichts als eine persönliche Klage auf Retradition. Allerdings wird er unter Umständen daneben auch noch eine Publiciana in rem actio haben, wenn nämlich die Voraussetzungen dieser Klage aus früherer Zeit her in seiner Person begründet sind. Diese Publiciana in rem actio wird ihm aber nicht vielmehr nützen, als seine persönliche Klage, weil sie den Successoren seines Successors gegenüber wirkungslos ist, weil deren Recht als wahres volles Eigenthum resp. als echtes jus in re aliena durch Eintritt der Bedingung gerade so wenig vernichtet ist, wie das Recht ihres Auctors, und weil der

erſte Auctor ihnen gegenüber nicht, wie ſeinem unmittelbaren Succeſſor gegenüber eine wirkſame replicatio hat, mit der er ihre exceptio justi dominii oder verwandte Einreden zurückweiſen könnte.

So bleibt alſo für das juſtinianeiſche Recht der Satz: eine einer Eigenthumstradition beigefügte Reſolutivbedingung wirkt nur dann bei Eintritt der Bedingung ipso jure vernichtend, wenn ſie in Geſtalt einer bedingten Rücktradition oder eines bedingten constitutum possessorium ſeitens des Empfängers eingekleidet iſt; hat ſie die gewöhnliche Form eines Vertrags, ſo erzeugt ſie nur eine obligatio ad retrotradendum.

Es giebt alſo Reſolutivbedingungen, die bei ihrem Eintritt ipso jure vernichtend wirken, während andere nur indirect zerſtörend wirken, indem ſie eine exceptio erzeugen, oder dem bisher berechtigten die Verpflichtung auferlegen, ſein Recht aufzugeben oder es auf den früher berechtigten zurückzuübertragen. Es iſt in ſofern gar nichts dagegen einzuwenden, wenn man die Reſolutivbedingungen in direct und indirect wirkende eintheilt, wenn man damit nur nicht die irrige Anſicht verknüpft, als hienge es ſtets von dem Willen der beim Zuſtandekommen eines Rechtsgeſchäfts betheiligten Parteien ab, eine direct oder eine indirect wirkende Reſolutivbedingung zu ſetzen. Unter gewiſſen Vorausſetzungen iſt die Reſolutivbedingung ſtets eine direct wirkende, und unter anderen Vorausſetzungen iſt ſie ſtets eine indirect wirkende, ohne daß an dieſer ihrer Natur auch nur ein Minimum durch Willkür der Parteien geändert werden könnte.

Doch iſt dieſe ganze Eintheilung eine vollſtändig unnütze.

Schon mehr ließe ſich gegen die Eintheilung der Reſolutivbedingungen in echte und unechte, eigentliche und uneigentliche, wahre und unwahre einwenden. Denn wenn auch der dieſer Eintheilung zu Grund liegende Gedanke ein vollſtändig richtiger iſt, ſo hat er doch, indem er in die Form eingekleidet iſt, daß man die Reſolutivbedingungen in echte und unechte eintheilen müſſe, einen ganz unrichtigen Ausdruck gefunden. Es ſollte vielmehr geſagt ſein: es giebt Erſchei-

nungen, die große Aehnlichkeiten mit Resolutivbedingungen haben, die aber keine sind;[101]) diese sind den Resolutivbedingungen nicht zuzuzählen.[102])

Mit den hier aufgestellten Resultaten stimmen nun die Quellen des römischen Rechts vollständig überein. Ich werde in diesem Kapitel diejenigen Stellen behandeln, die in klarer Weise die Richtigkeit der gefundenen Resultate bestätigen; im folgenden Kapitel werde ich mich dann zur Besprechung derjenigen Stellen wenden, die auf den ersten Blick zu widersprechen scheinen, und die deshalb schon oft zum Beweis der Unrichtigkeit der gefundenen Resultate benutzt worden sind, die aber richtig verstanden großen Theils die Richtigkeit dieser Resultate nur von neuem bestätigen.

Nicht vielerlei resolutivbedingte Geschäfte werden in den Quellen des römischen Rechts besprochen, sondern nur folgende:

1. Resolutivbedingte Kaufgeschäfte in einer großen Reihe von Stellen.
2. Resolutivbedingte Stipulationen in einer Stelle.
3. Resolutivbedingte Eigenthumstraditionen in mehreren Stellen.

Daß es zweifelhaft ist, ob in einer Stelle von einem resolutivbedingten Damnationslegat die Rede ist, oder diese Stelle nicht viel-

[101]) Man vergleiche hierüber oben p. 43. 44.

[102]) Die Eintheilungen der Resolutivbedingungen in echte und unechte, und in direct und indirect wirkende, die sehr häufig indentificiert werden, treten bei den verschiedenen Schriftstellern mit gar verschiedenen Verbrämungen auf. Aeltere Schriftsteller lieben es, zu unterscheiden, ob bei Setzung der Resolutivbedingung verba obliqua oder directa gebraucht seien; neuere Schriftsteller vermeiden diesen Sprachgebrauch durchaus. Man vergleiche namentlich: Glück, Comm. IV. p. 488. XVI p. 263. sqq. p. 296. sqq. und die an diesen drei Stellen citierten Schriftsteller. Zimmern, im Archiv f. civ. Praxis. V. p. 235. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechts. I. § 116. 3. Aufl. p. 207. 208. Thibaut, im Archiv für civ. Praxis. XVI. p. 385. sqq. Sell, Ueber bedingte Traditionen. p. 219. sqq. Fitting, in Zeitschrift für Handelsrecht II. p. 213. sqq. und die dort citierten und besprochenen Schriftsteller.

mehr von einem mit einem dies incertus ad quem behafteten Damnationslegat redet, habe ich bereits erwähnt. Ebenso ist es zweifelhaft, ob in l. 31. de pign. von einer resolutivbedingten oder von einer mit einem dies incertus ad quem ausgestatteten Bestellung einer Emphyteuse die Rede ist. Innere Gründe scheinen mir dafür zu sprechen, daß das letztere der Fall ist, und werde ich deshalb von dieser Stelle erst im zweiten Abschnitt dieser Abhandlung reden.

Bisweilen ist wohl die Meinung aufgetreten, daß die in den Quellen des römischen Rechts über die Wirksamkeit des Eintritts der Bedingung auf ein resolutivbedingtes Rechtsgeschäft enthaltenen Aussprüche nicht vollständig mit einander übereinstimmten, und daß man diese Disharmonie daraus zu erklären habe, daß sich im Lauf der Zeit die Auffassung der römischen Juristen über die Bedeutung und Wirksamkeit der Resolutivbedingung verändert habe.[103]) Die folgende Darstellung wird den Beweis liefern, daß eine Meinungsverschiedenheit unter römischen Juristen betreffs der Wirksamkeit von Resolutivbedingungen nirgends hervortritt.

I.

Resolutivbedingtes Kaufgeschäft.

Das unter einer Resolutivbedingung abgeschlossene Kaufgeschäft wird bezeichnet als eine emtio pura, quae sub condicione resolvitur. Es liegt also hier einerseits ein vollgültig abgeschlossenes Kaufgeschäft, eine emtio perfecta vor; mit diesem Kaufgeschäft ist aber ein Neben-

[103]) cf. Fitting, in Zeitschrift f. Handelsrecht. II. p. 261. sqq. 247. Windscheid, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. p. 150. sqq. Pandekten I. § 90. not. 4. Ihering, in Jahrb. f. Dogmatik. p. 537. sqq. Vernet, textes choisis sur la théorie des obligations. p. 136. Auch in der Anm. 61 bei Maynz, Elements de droit Romain. II. § 331. Observation., in der 2. Aufl, werden Vertheidiger ähnlicher Ansichten erwähnt. Die dort citierten Schriftsteller sind mir nicht zu Gesicht gekommen.

vertrag verbunden, der deſſen eventuelle Wiederauflöſung bezweckt, und der als pactum in continenti adjectum zu einem Kaufvertrag mit den aus dieſem entſpringenden Klagen geltend gemacht werden kann.

Daraus, daß das Kaufgeſchäft ſelbſt eine emtio perfecta iſt, folgt, daß commodum et incommodum omne ad emtorem pertinet;[104]) in Folge deſſen kann er, wenn auch die ſonſtigen Vorausſetzungen für einen Eigenthumserwerb vorliegen, durch Tradition Eigenthümer werden, oder wenn wenigſtens die Vorausſetzungen für eine Uſukapion vorliegen, auf den Titel pro emtore hin uſukapieren;[105]) ferner hat er ein Recht auf die Früchte,[106]) in Folge deſſen er je nach Lage der Sache entweder durch Separation deren Eigenthümer wird, oder doch wenigſtens einen perſönlichen Anſpruch auf deren Herausgabe hat. Ferner ſteht ihm das interdictum quod vi aut clam zu,[107]) wenn in Betreff der von ihm gekauften Sache etwas vi oder clam geſchieht. Ebenſo kann er, wenn ihm die Sache tradiert worden iſt, dingliche Rechte an derſelben beſtellen,[108]) oder ſie behufs Uebertragung ſeines eigenen Rechtes weiter tradieren; Kraft und Beſtand der von ihm beſtellten dinglichen Rechte hängt von der Kraft und dem Beſtand ſeines eigenen Rechtes ab, ob er Eigenthümer oder nur bonae fidei possessor, oder gar malae fidei possessor war. Umgekehrt trifft ihn auch das ganze periculum.[109])

Aber es iſt doch jetzt ſchon pendente condicione resolutionis zu beachten, daß der Kauf vielleicht bereits aufgelöſt iſt, daß man

[104]) cf. l. 4. § 4. de in diem add. l. 11. § 10. quod vi aut clam.

[105]) cf. l. 2. § 1. de in diem add. l. 2. § 3. 4. pro emt. l. 6. § 1. de div. temp. praescr. l. 19. de usurp.

[106]) cf. l. 2. § 1. de in diem add. l 2. § 4. pro emt. l. 5 de lege commiss.

[107]) cf. l. 4. § 4. de in diem add. l. 11. § 10. quod vi aut clam.

[108]) cf. l. 4. § 3. de in diem add. l. 3. quib. mod. pign.

[109]) cf. l. 2. § 1. l. 3. de in diem add. Weitläuftige Auseinanderſetzungen bei Sell, Ueber bedingte Traditionen. p. 258. sqq.

nur keine ſichere Kenntniß hiervon hat. Darum kann regelmäßig pendente condicione weder der Käufer mit der actio emti gegen den Verkäufer, noch umgekehrt dieſer mit der actio venditi gegen den Käufer auftreten, weil beider Klagen einſtweilen eine auf die Möglichkeit der bereits eingetretenen Wiederauflöſung des Kaufes geſtützte Einrede entgegengeſetzt werden kann, inſofern dieſe nicht nach der durch interpretatio bonae fidei feſtzuſetzenden Intention des Geſchäfts durch eine Replik elidiert werden kann. Hat z. B. Jemand in diem addiziert, ſo kann der Käufer nicht nach ſeinerſeits vorgenommener Zahlung auf Tradition klagen, weil er durch die Verweiſung auf die Möglichkeit, daß ein beſſeres Gebot erfolgen werde, und daß für dieſen Fall das Kaufgeſchäft bereits aufgelöſt ſei, zurückgeſchlagen werden kann. Dagegen wird der Verkäufer, der tradiert hat, ſofort auf Zahlung des Preiſes klagen können, indem er die auf die Möglichkeit des Erfolgs eines beſſeren Gebots geſtützte Einrede des Käufers mit dem Bemerken zurückſchlägt, daß er auf ein beſſeres Gebot verzichte; — will er ſich allerdings die Möglichkeit der Annahme eines beſſeren Gebots offen halten, ſo kann er auch noch nicht wirkſam auf Zahlung klagen. Im Fall einer lex commissoria wird der tradiert habende Verkäufer pendente condicione regelmäßig nicht auf Zahlung klagen können, da die lex commissoria regelmäßig einen Stundungsvertrag enthalten wird. Zahlt der Käufer, ſo iſt die Bedingung der Reſolution defiziert, und er kann alſo ſtets klagen. Im Fall eines pactum displicentiae kann der Verkäufer, auch wenn er tradiert hat, doch pendente condicione unmöglich auf Zahlung klagen, weil er ſtets darauf verwieſen werden kann, daß es vollſtändig im Belieben des Käufers ſtehe, das Kaufgeſchäft jeden Augenblick rückgängig zu machen. Dagegen muß dem Käufer, wenn er zahlt, unter Umſtänden auch pendente condicione eine Klage auf Tradition zugeſtanden werden, wenn er nämlich die auf die Möglichkeit der Wiederauflöſung des Kaufs geſtützte Einrede des Verkäufers mit der Replik zurückzuſchlagen im Stande iſt, daß es ihm ohne Tra-

dition unmöglich sei, die gekaufte Sache zu prüfen, und so festzustellen, ob sie ihm gefalle oder nicht. Ein Verzicht auf das pactum displiceutiae wird durchaus nicht immer in dem Verlangen der Tradition der gekauften Sache zu erblicken sein.

So wenig nun aber pendente condicione resolutionis der einen oder anderen Partei eine Klage auf Erfüllung gegeben werden kann, mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Wiederauflösung des Geschäfts, so wenig kann andererseits einer Partei, wenn sie geleistet hat, pendente condicione resolutionis eine Klage auf Rückgabe verstattet werden; denn indem sie pendente condicione freiwillig leistete, hat sie sich damit einverstanden erklärt, daß das Object ihrer Leistung pendente condicione bei der anderen Partei sei; und diese ihre Erklärung kann sie gerade so wenig anfechten, als der Verkäufer, der vor Zahlung des Preises geleistet hat, die Waare zurückfordern kann, weil ihm der Preis nicht gezahlt werde; es müßte denn mit der längeren Belassung der Waare beim Käufer, trotz Nichtzahlung des Preises, oder mit der Belassung der pendente condicione gemachten Leistung bei dem Empfänger eine augenfällige Gefahr des Verlustes der Leistung und der Gegenleistung verbunden sein.[110]

Tritt die Bedingung ein, oder defiziert sie, so werden jetzt klare Verhältnisse geschaffen. Im Fall der Defizienz der Bedingung ist der fortdauernde Bestand des Kaufes gesichert. Emtio manet, valet, emtum penes emtorem remanet.[111]) Die seither wegen der Pendenz der Bedingung den Klagen entgegenstehenden Hindernisse sind beseitigt. Im Fall der Existenz der Bedingung dagegen ist der auflösende Nebenvertrag negotium purum geworden, und durch ihn der Kauf, unmittelbar nachdem er zu Stande gekommen war, wieder aufgehoben. Existente condicione emtio resolvitur, receditur, disceditur, abitur

[110]) cf. c. 1. de act. emt. vend. l. 5. § 18. de trib. act.
[111]) cf. l. 6. § 1. l. 13. pr. l. 15. § 1. de in diem add.

ab emtione;[112]) emtio irrita, inemta est;[113]) venditor obligatus non est, emtoris causa absoluta est;[114]) res inemta est.[115]) Deshalb res revenit, redhibetur, redditur, revertitur, dominium ad venditorem pertinet.[116]) Weil aber eben das Kaufgeschäft nicht jetzt erst aufgelöst wird, sondern vielmehr jetzt nur constatiert wird, daß es direct nach seinem Abschluß sofort wieder aufgelöst worden ist, so müssen alle etwa inzwischen von dem Käufer gezogenen Früchte dem Verkäufer restituiert werden,[117]) insofern hiervon nicht durch anderweite Umstände, wie, daß der Verkäufer eine Anzahlung oder eine arra für sich behält, Ausnahmen begründet werden;[118]) ebenso muß der Käufer ein etwa für ihn in der Zwischenzeit zur Existenz gekommenes interdictum quod vi aut clam[119]) oder andere Klagen cedieren; von ihm auf die Sache gelegte dingliche Rechte muß er ablösen, resp. gehn sie, wenn auch sein Recht nur so war, daß es

[112]) cf. l. 2. § 1. l. 4. § 6. l. 9. l. 14. § 2 3. l. 17. l. 18. de in diem add. l. 2. § 4. pro emt. l. 41. pr. de R. V. l. 3. de contr. emt. l. 1. de leg. commiss. c. 4. de aed. act.

[113]) cf. l. 10. de resc. vend.

[114]) cf. l. 19. de in diem add.

[115]) cf. l. 3. l. 6. § 1. de contr. emt. l. 17. de in diem add. l. 2. l 4. pr. l. 5. l. 6. pr. § 1. l. 8. de leg. commiss. l 10 de resc. vend. l. 38. de min. l. 22. pr. loc. l. 19. de usurp. l. 2. § 3. 5. pro emt. l. 11. § 13. quod vi aut clam. l. 2. l. 6. § 1. de div. temp. praescr. l. 23. de O. et A. c. 4. de aed. act. c. 7. de pact. int. emt. et vend.

[116]) cf. l. 5. de leg. commis. l. 31. § 22. de aed. ed. cf. l. 6. § 1. de div. temp. praescr l. 19. de usurp. l. 6. de resc. vend. c. 3. 1. de pact. int. emt. et vend.

[117]) cf. l. 6. § 1. de contr. emt. l. 4. § 4. l. 6. pr. l. 16. de in diem add. l. 4. pr. § 1. l. 5. de leg. commiss.

[118]) cf. l. 4. § 1. de leg. commiss. Glück, XVI. 285.

[119]) cf. l. 4. § 4. de in diem add.

existente condicione von selbst untergeht, von selbst unter.[120]) Dagegen hat er ein Recht, Verwendungen ersetzt zu verlangen.[121])

Man sieht also, es tritt hier Rückziehung der eingetretenen Bedingung im vollsten Maße ein; allerdings nicht so, daß nunmehr das abgeschlossene Kaufgeschäft als gar nicht abgeschlossen zu betrachten wäre;[122]) denn das könnte nur die Wirkung der Defizienz einer Suspensivbedingung, nicht aber die Wirkung der Existenz einer Resolutivbedingung sein; auch nicht deswegen, weil dem contrarius consensus die Rückwirkung immanent wäre, indem durch denselben nicht die Obligation, sondern der Contract hinweggeräumt würde:[123]) denn wenn dies die richtige Auffassung des contrarius consensus wäre, so würde durch eine Verbindung eines bedingten contrarius consensus mit einem einen Contract begründenden consensus kein resolutivbedingtes, sondern ein suspensivbedingtes Rechtsgeschäft zu Stande kommen; — sondern weil durch Eintritt der Bedingung klar gestellt ist, daß ein wirksamer Auflösungsvertrag bereits sofort nachdem der Begründungsvertrag abgeschlossen war, zur Entstehung gekommen ist. Ebensowenig kann der Erfolg der Rückziehung der eingetretenen Bedingung der sein, daß nunmehr alle für den Käufer auf Grund des Umstands, daß er pure gekauft hatte, zur Existenz gekommenen Rechte, und alle kraft dieser Rechte anderen weiter bestellten Rechte ipso jure untergiengen, sonder.: es können nur diejenigen Rechte untergehn, die überhaupt durch einen bloßen Vertrag vernichtet werden können; die anderen bleiben trotz der Rückziehung der Bedingung bestehn, und ist durch den Umstand, daß der auflösende Vertrag perfect geworden ist, nur für den Käufer die Verpflichtung entstanden, sie aufzugeben, resp. auf den Verkäufer zu übertragen, resp. sie zu Gunsten des Verkäufers abzulösen.

[120]) cf. l. 4. § 3. de in diem add. l. 3. quib. mod. pign.

[121]) cf. l. 16. de in diem add.

[122]) cf. z. B. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 38.

[123]) cf. Czyhlarz cit. p. 32.

II.

Resolutivbedingte Stipulationen.

Von resolutivbedingten Stipulationen handelt die l. 44. § 2. de O. et A. Diese Stelle ist von Paulus, dessen 74. Buche ad Edictam entnommen, und lautet, nachdem sie vorher von betagten Stipulationen gehandelt hat, in ihrem hierher gehörigen Theile folgendermaßen:

> Condicio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur, veluti: centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit? Sed hoc casu existente condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali.

Man hat wohl schon die Behauptung aufgestellt, diese Stelle rede gar nicht von dem Gegensatz von Suspensivbedingung und Resolutivbedingung, sondern zuerst von dem Fall, wo die der Stipulation gesetzte Bedingung vor dem Wort spondesne ausgesprochen sei, und dann von dem Fall, wo sie erst nach diesem Wort ausgesprochen sei,[124] oder gar, sie rede zuerst von dem Fall, wo die Bedingung gleich bei Abschluß der Stipulation ausgesprochen sei, und dann von dem Fall, wo ihre Setzung nachgetragen sei.[125]) Dabei sind dann noch die Meinungen in der Richtung auseinandergegangen, ob diese nachträglich gesetzte Bedingung als Suspensivbedingung oder als Resolutivbedingung zu fassen sei.

[124]) cf. z. B. Glossa ad h. l. Bynkershoek, Diss. de p. ctis contractibus stricti juris in continenti adjectis. Cap. III. in Opuscula minora, tom. IV. p. 140 sqq. Salkowsky, Zur Lehre von der Novation p. 443.

[125]) cf. z. B. Glossa ad h. l. Bartolus ad h. l., ad l. 4. de servitut. Franciscus Accursius in Casu ad h. l. Sintenis in seiner Uebersetzung des Corpus juris civilis IV. p. 588. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechts. I. § 255. 3. Aufl. p. 513. 514. Puchta, Pandekten. § 299. Vorlesungen I. § 61. a. E.

Daß die als condicio, quae post perfectam obligationem ponitur, bezeichnete Bedingung nicht als eine erſt nach Abſchluß der Stipulation geſetzte Bedingung anzuſehen iſt, bedarf keiner weiteren Ausführung, denn daß die Worte: nisi navis ex Asia venerit, nicht erſt als geſprochen gedacht werden, nachdem der Schuldner bereits spondeo geantwortet hatte, geht aus dem klaren Wortlaut der Stelle hervor. Zudem könnte, wenn dieſe Bedingung als eine nachträglich zugeſetzte Suſpenſivbedingung zu betrachten wäre, die Entſcheidung keinenfalls lauten: hoc casu existente condicione locus erit exceptioni; ſondern nur allenfalls, wie die Gloſſe ſagt: sed exceptio condicione non existente opponitur. Dieſelbe Erwägung ſpricht auch gegen die Annahme, jene Bedingung ſei eine hinter das Wort spondesne geſetzte Suſpenſivbedingung. Aber auch abgeſehen davon kann die Bedingung, auch wenn ſie als Reſolutivbedingung aufzufaſſen iſt, nicht weil ſie hinter dem Worte spondes ſteht, als condicio, quae post perfectam obligationem ponitur, bezeichnet ſein, ſondern muß dieſe Bezeichnung einen andern Grund haben. Die Stipulation iſt nicht ſchon dann perfecta, wenn der zukünftige Gläubiger spondesne geſagt hat, ſondern erſt, wenn der Schuldner spondeo geſagt hat; vorher liegt nur eine Einladung zum Abſchluß einer Stipulation vor. Mithin wäre die Bezeichnung einer condicio, die zwiſchen den Worten spondesne und spondeo von dem zukünftigen Gläubiger ausgeſprochen wäre, als condicio, quae post perfectam obligationem ponitur, eine möglichſt unpaſſende. Aber ſelbſt angenommen, man könnte alles, was der Gläubiger, nachdem er den Inhalt der von ihm gewollten Stipulation angegeben habe, noch nachträglich vor der Antwort des Schuldners zugeſetzt habe, als post perfectam obligationem positum bezeichnen, ſo würde daraus noch nicht folgen, daß alles nach dem Wort spondeo geſprochene post perfectam obligationem positum wäre, ſondern nur, daß das post perfectam obligationem positum wäre, was er, nachdem er einmal aufgehört habe zu ſprechen, noch nachträglich beigefügt habe. Denn wenn auch das Wort spondes der regelmäßige Schluß

der Rede des zukünftigen Gläubigers ist, so ist es, oder ein synonymes Wort, doch keineswegs als Schluß der Rede des Gläubigers durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht vorgeschrieben, sondern ist nur vorgeschrieben, daß der Gläubiger das, was er versprochen haben will, in einen Fragesatz einkleide. Wenn alles, was hinter dem Wort spondes stünde, nicht als Inhalt der eigentlichen Stipulation, sondern als Zusatz zu betrachten wäre, so müßte eine Stipulation: spondesne centum dari, inhaltlos erscheinen und mithin ungültig sein; ihre Gültigkeit ist aber anerkannt.[126]) Mithin könnte die Bedingung: nisi navis ex Asia venerit, nicht als nach spondes stehende, sondern nur etwa als nach einer Sprechpause ausgesprochene Bedingung condicio, quae post perfectam obligationem ponitur, genannt werden; daß aber eine Sprechpause zwischen spondes und der Bedingung stattgefunden habe, wäre eine durch nichts zu rechtfertigende Hypothese. Wollte man die Bedingung nisi navis ex Asia venerit als hinter spondes stehend, mit dem Namen condicio, quae post perfectam obligationem ponitur belegt, und aus demselben Grund als nicht direct efficax bezeichnet ansehen, so müßte man auch die Bedingung: si navis ex Asia venerit, wenn sie hinter spondes steht, für eine condicio, quae post perfectam obligationem ponitur, und deshalb für inefficax erklären; ein Resultat, das in entschiedenstem Widerspruch

[126]) Es folgt dieß wenigstens für das klassische Recht aus der freien Behandlung der Stipulationsformulare, bei denen weiter nichts verlangt wird, als verba solennia directa und Uebereinstimmung von Frage und Antwort, und ist allgemein anerkannt; vergl. z. B. Vangerow, Pandekten III. § 573. Anm. 2. am Anfang. Kuntze, Institutionen § 654. Aus den Pandekten und sonstigen Quellen des römischen Rechts ist mir allerdings kein Beispiel einer Stipulation bekannt, wo das spondes oder sonstige entsprechende Wort ganz am Anfang des Fragesatzes stünde; wohl aber kommen Beispiele vor, wo es zwischen einen Haupt- und einen Nebensatz eingeschoben ist, aber immer so, daß der Hauptsatz vorangeht. Dagegen kommen bei Plautus Stipulationen vor, bei denen das Wort spondes oder ein entsprechendes vor dem Inhalt der Stipulation steht; z. B. Cap. IV. 2, 118. Trinn. V. 2, 33. im v. 38. steht sponden' mitten im Satz. Pseud. I. 1. 115.

ſtünde zu l. 129. de V. O. von Scävola, wo ſie ganz klar als ein wirkſamer Theil der Obligation behandelt wird.

Die Bedingung: nisi navis ex Asia venerit, wird alſo nicht als hinter dem Worte spondes ſtehende Bedingung condicio, quae post perfectam obligationem ponitur, genannt und für inefficax erklärt, ſondern als Reſolutivbedingung, obwohl zugegeben werden muß, daß ſie zweideutig genug abgefaßt iſt. Aber Paulus betrachtet ſie als Reſolutivbedingung; er nennt ſie condicio, quae post perfectam obligationem ponitur, als eine Nebenbeſtimmung, die der ſchon ohne ſie vollſtändig perfecten Obligation angehängt iſt: er will damit andeuten, daß ſie kein integrierender Beſtandtheil der Stipulation iſt, ſondern ein ſelbſtändiger Zuſatz; er nimmt ihren Namen nicht von dem Ort her, wo ſie im Satz erſcheint, ſondern von ihrer materiellen Bedeutung für das Rechtsgeſchäft.[127]) Dieſe von ihrer materiellen Bedeutung ſo genannte condicio, quae post perfectam obligationem ponitur, ſtellt ſich dar als ein bedingtes pactum in continenti adjectum. Durch pacta überhaupt kann eine Stipulation nicht aufgehoben werden, alſo auch nicht durch in continenti mit einer Stipulation verbundene pacta. Ein pactum de non petendo iſt nur im Stand, eine exceptio pacti de non petendo gegen die Stipulationsklage zu erzeugen, alſo erzeugt auch ein mit einer Stipulation in

[127]) cf. Cujacius in librum LXXIV. Pauli ad Edictum, ad l. 44. § 2. de O. et A.; in librum VII. Quaestionum Papiniani, ad l. 4. de servitut.; in tit. D. de servitut., ad l. 4.; in tit. D. de legat. I., ad l. 55. — Bisweilen taucht auch bei Cujacius der Gedanke auf, das die Bedingung als hinter dem Worte spondes ausgeſprochene Bedingung condicio, quae post perfectam obligationem ponitur, genannt werde: in tit. D. de V. O., ad l. 17. und ad l. 56.; in tit. D. de leg. II. ad l 11.; in tit. D. de O. et A. ad l. 44. Göschen, Observationes juris Romani p 66. Savigny, Syſtem III. p 221. Windſcheid, die Lehre des römiſchen Rechts von der Vorausſetzung p. 150. Pandekten I. § 80. Römer, die bedingte Novation. p. 93. 335. sqq. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbeſtimmungen bei Rechtsgeſchäften. p. 119. 120. Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung. p. 76. sqq.

continenti verbundenes bedingtes pactum de non petendo, wenn die Bedingung eingetreten ist, weiter nichts als eine exceptio pacti de non petendo: sed hoc casu existente condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali. Wäre eine bedingte Acceptilation möglich, und eine solche in continenti mit der Stipulation verbunden worden, so würde existente condicione die Stipulation ipso jure vernichtet worden.

Wenn die einer Stipulation beigefügte Resolutivbedingung kein pactum adjectum wäre, sondern ein inhärierender Bestandtheil der Stipulation selbst, ähnlich wie die Suspensivbedingung, so wäre nicht abzusehen, warum sie nicht auch die gleiche Wirkung haben sollte, wie die Suspensivbedingung, d. h. wenn sie sich gegen die Existenz der Stipulation entschiede, deren vollständige Vernichtung.

Uebrigens ist Gegensatz zu dem Satz: existente condicione locus erit exceptioni, nur: deficiente condicione locus non erit exceptioni, nicht auch: pendente condicione locus non erit exceptioni, denn daß pendente condicione locus est exceptioni folgt, wie im vorigen Kapitel bemerkt, aus dem Begriff der Resolutivbedingung.

Wer existente condicione dem Schuldner nicht nur eine exceptio, sondern auch eine condictio auf Vornahme einer Acceptilation geben zu dürfen vermeint,[128]) übersieht, daß die Resolutivbedingung sich als weiter nichts denn als pactum adjectum zur Stipulation darstellt, und daß pacta adjecta zu Stipulationen nicht klagbar sind. Sollte der Schuldner pendente condicione freiwillig gezahlt haben, so hat er existente condicione je nach Lage der Sache entweder eine condictio indebiti, oder eine condictio sine causa.

III.

Die Resolutivbedingung bei der Eigenthumsübertragung unter Lebenden.

Die Uebertragung von Eigenthum durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden mit Hinzufügung einer Resolutivbedingung wird in den

[128]) cf. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 76.

Pandekten und im Codex in einer Reihe von Stellen besprochen. Alle diese Stellen bestätigen übereinstimmend den Satz, daß, wenn durch Tradition Eigenthum übertragen wird, und dabei lediglich ausgemacht wird, daß es unter Umständen zurückfallen solle, bei Eintritt der Bedingung für den Erwerber nur eine obligatio ad retrotradendum entsteht. Die Richtigkeit dieses in diesen Stellen ausgesprochenen, aus allgemeinen vom römischen Recht anerkannten Prinzipien abzuleitenden und den Bedürfnissen des Verkehrs allein entsprechenden Satzes[129]) wäre wohl schwerlich jemals angezweifelt worden, wenn man nicht eine Reihe von ganz klar redenden Stellen gefunden zu haben vermeint hätte, die ihr auf das entschiedenste widersprächen. Auf Grund dieser Stellen statuierte man zunächst Ausnahmen von jenem Satz; gar bald aber warf man den ganzen Satz um und stellte an seine Stelle die Behauptung, daß unter einer Resolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung ipso jure an den Uebertragenden zurückfalle. Nachdem dann dieses Resultat einmal aus vermeintlich entschieden und klar redenden Stellen gewonnen war, versuchte man es durch die verschiedensten Constructionen zu rechtfertigen.

Aber jene Stellen, die diese Meinung veranlaßt haben, reden größtentheils gar nicht von resolutivbedingten Eigenthumstraditionen, sondern von anderen Rechtsgeschäften, bei denen Resolutivbedingungen vorkamen; und zum andern Theil reden sie zwar von resolutiv bedingten Eigenthumstraditionen, können aber nicht nur, sondern müssen sogar so erklärt werden, daß sie nicht das mindeste zur Unterstützung jener Meinung beitragen. Ich werde von diesen ein-

[129]) Man vergl. Rieſſer, in Zeitschrift für Civilrecht und Prbceß. II. p. 2. Erxleben, die condictiones sine causa. 2. Abth. p. 110. Souchay, Anmerkungen zu der Reformation der Freien Stadt Frankfurt. II. 2. §. 11. Bd. I. p. 76. sqq. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 4. Jhering, Geist des römischen Rechts. III. 2. p. 208. (2. Aufl.) Köppen, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. p. 57. Anm.

zelnen Stellen theils gelegentlich in dieſem, theils hauptſächlich im folgenden Kapitel zu reden haben. Und was die von dieſen Stellen unabhängigen Rechtfertigungsverſuche jener Meinung anbelangt, ſo iſt darunter keiner, der bei genauer Beſichtigung befriedigen könnte.

So iſt es denn gekommen, daß die alte, auf jenen zuerſt genannten Stellen beruhende und in der Natur der Sache begründete Lehre nie hat vollſtändig verdrängt werden können, ſondern daß ſie zu allen Zeiten und bei allen Völkern, die ſich der Pflege des römiſchen Rechts gewidmet haben, ihre Vertreter gefunden hat. Allerdings ſind dieſe Vertreter zeitweiſe ſehr in der Minorität geblieben, aber es läßt ſich doch eine continuierliche Kette derſelben von den Zeiten der Gloſſe bis auf unſere Zeiten aufzählen und figurieren in dieſer Kette zum Theil hoch angeſehene Namen. Ich nenne die Gloſſe, Cynus, Bartolus, Baldus, Salycetus, Raphael Cumanus, Raphael Fulgoſius, Alexander de Imola, Franciscus Curtius Senior, Jaſon de Mayno, Carolus Ruinus, Philippus Decius, Ulrich Zaſius, Alciatus, Cujacius, der aber in ſeiner Meinung ſchwankte, Antonius Faber, der wenigſtens das Eigenthum nicht ipso jure an den Tradenten zurückfallen ließ, ſondern es nur für den Empfänger untergehen ließ, Vasquius, Franciscus Marcus, Molinaeus, Sichardus, Juſt. Henning Böhmer, Ebert, Mantica, Günther, Hellfeld, Malblanc, Muſſet, Rieſſer, Pellat, Blondeau, Maynz, Vernet, Doveri, del Roſſo, Engelmann, Czyhlarz.[130]) Allerdings laſſen viele dieſer Schriftſteller für den

[130]) cf. Glossa ad l. 41. de R. V. — ad l. 4. § 3. de in diem add. — ad l. 1. de don t. — ad l. 29. de m. c. d. — ad c. 20. de pact. — ad c. 1. 3. 4. de pact. int. emt. et vend. — Cynus, super Cod. ad c. 20. de pact. — Bartolus, ad c. 20. de pact — Baldus, ad l. 58. de pact. c. 20. de pact. c. 3. de pact. int. emt. et. vend. — Salycetus, super Cod. ad c. 20. de pact. — Raphael Cumanus, ad l. 1. de donat. — Raphael Fulgosius, ad l. 13. de pign. act. — Alexander de Imola,

Fall der lex commissoria, oder auch für den Fall der in diem addictio, oder auch noch weiter gehende Ausnahmen von der Regel zu,

Consilia, I. cons. 10. num. 8. 9. — Franciscus Curtius Senior, Consilia, cons. 12. — Jason de Mayno, super Dig. vet., ad l. 58. de pact. num. 5—8. — Carolus Ruinus, Consilia, cons. 32. num. 14. — Philippus Decius super Dig. et Cod., ad c. 20. de pact. — Udalricus Zasius, Consilia, cons. 12. num. 34. sqq. — Alciatus, Comment. in Cod. ad c. 20. de pact. num. 61. sqq. — Cujacius betr. vergl. man einerseits z. B. Rec. in lib. II. Quaestionum Pauli, ad l. 66. de R. V. oder in lib. X. Quaestionum Papiniani, ad l. 72. de contr. emt, andererseits in tit. de R. V. ad l. 42. — Antonius Faber, Rationalia ad Pandectas, ad l. 41. de R. V. — Vasquius, Controversiarum usu frequentium lib. III. c. 69. — Franciscus Marcus, Decisiones aureae, quaest. 600. — Molinaeus, Comment. in Cod., ad lib. IV. tit. 54. — Sichardus, in Cod. lib. IV. tit. 54 num. 4. — J. H. Boehmer, Exerc. ad Pand. lib. I. tit. I. exerc. IV. § 30—32. — Ebert, De eo quod fit ipso jure, in Stryk, Diss. jurid. Vol. V. num. 12. — Mantica, de tacitis et ambiguis conventionibus, lib. 4. tit. 28. num. 11. sqq. tit. 32. num. 44. sqq. — Günther, principia juris Romani II. § 1067. — Hellfeld, juris prudentia forensis. Editio novissima. Cura Oeltze. Jenae 1787. § 1004. — Malblanc, principia juris Romani. § 266. 540. 541. — Musset, Observationes quaedam de conventionibus ad condicionem initis, quas lectionibus suis in schola juris Wetzlariensi per semestre hibernum MDCCCXIII. habendis praemittit Franciscus Josephus Musset. Dr. J. U. et. P. P. O. — Rieſſer, in Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß. II. p. 1. sqq. 270. sqq. — Die Arbeiten von Pellat und Blondeau habe ich nicht geſehn, ſondern kenne ſie nur aus Citaten bei Maynz, élements de droit Romain. 2me édiction. II. p. 331. not. 61. und Vernet, textes choisis sur la théorie des obligations. p. 138. not. 1. — Maynz, cit. I § 164. § 180. num. 3. II. § 331. — Vernet, cit. p. 136. sqq. — Doveri, Istituzioni di Diritto Romano. Vol. II. p. 237. aber auch p. 238. — Del Rosso, Lib. II. tit. II. Capo IV. Vendita. Dieſes Citat iſt genau gegeben nach Levi, Se per Diritto Romano verificandosi la condizione risolutiva apposta ad un atto traslativo di proprietà questa torni o no ipso jure all' alienante. Tesi di Laurea. Pisa. 1874. Die Schrift von del Roſſo

und ſuchen dieſe Ausnahmen dann auf die mannigfaltigſte, oft ſonderbarſte Weiſe zu rechtfertigen: aber die Regel halten ſie doch alle feſt. Ihre Interpretation der ſcheinbar entgegenſtehenden Stellen iſt, ſowohl wenn ſie darauf Ausnahmen von der Regel gründen, wie wenn ſie keine Ausnahmen darauf gründen, meiſt eine durchaus unhaltbare.

Die Opponenten operieren namentlich mit folgenden Erwägungen:

I. Wer das Weſen der Reſolutivbedingung darin erblickt, daß in ihr ein Umſtand geſetzt ſei, dem gegenüber die Hauptwillenserklärung keine Kraft habe, der muß natürlich zu dem Reſultat kommen, daß bei Eintritt der einer Eigenthumstradition beigefügten Reſolutivbedingung das Eigenthum ipso jure an den Tradenten zurückfalle.[131]) Denn für den Fall des Eintritts der Reſolutivbedingung gilt ja die Eigenthumsübertragung als gar nicht geſchehen, gerade ſo wie eine ſuſpenſivbedingte Eigenthumstradition als nicht geſchehen gilt, wenn die Suſpenſivbedingung defiziert.

Dieſe Conſtruction fällt mit der Grundlage, von der ſie ausgeht; daß die Grundlage aber nicht haltbar iſt, habe ich im erſten Kapitel dieſes Abſchnittes dargeſtellt.

II. Aber auch eine große Reihe von Schriftſtellern, welche die dieſer Conſtruction zu Grunde liegende Auffaſſung von der Reſolu-

ſelbſt konnte ich nicht einſehen. — Engelmann, der Rückfall des Eigenthums im römiſchen Recht — Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung. — Noch mehr Conſentienten findet man z. B. bei Mantica l. c. und bei manchem der älteren citierten Schriftſteller aufgeführt.

[131]) cf. Cocceji, Jus civile controversum. Lib. XVIII. tit. II. qu. V. tit. III. qu. V. Windſcheid, Pandekten I. § 90. Böcking, Pandekten II. § 156. Wendt, die Lehre vom bedingten Rechtsgeſchäft. p. 110. sqq. — Man vergl. übrigens auch Savigny, Syſtem III. p. 154. Puchta, Vorleſungen I. § 61. cf. oben p. 53. Anm. 89.

tivbedingung nicht theilen, sondern in der Resolutivbedingung ein bedingtes auflösendes Nebengeschäft erblicken, kommen doch auf anderem Wege zu demselben Resultat, daß bei Eintritt der Resolutivbedingung das Eigenthum ipso jure untergehe. Es sind hier verschiedene Constructionen versucht worden:

1) Wer einem anderen Eigenthum nur vorläufig bis dahin oder dorthin überlasse, begebe sich nicht seines ganzen Eigenthums, sondern nur des Theils desselben, welcher in einen gewissen Zeitraum falle, und somit verbleibe ihm alles übrige und trete wieder in seine volle Wirksamkeit ein, sobald das einstweilige Hinderniß gehoben sei.[132])

Ganz abgesehen davon, daß diese Construction eigentlich nicht dazu taugt, klar zu machen, warum unter einer Resolutivbedingung tradiertes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung ipso jure an den Tradenten zurückfalle, sondern nur etwa zur Erklärung eines Satzes des Inhalts benutzt werden könnte, daß ad diem übertragenes Eigenthum, wenn der Termin kommt, ipso jure an den Tradenten zurückfalle, sprechen noch andere schwere Bedenken gegen sie. Den bei einer derartigen Auffassung bleibt es entweder unerklärlich, wie der durch die Tradition aufgelöste Zusammenhang zwischen dem Tradenten und der Sache bei Eintritt der Bedingung wieder hergestellt wird; oder wenn man annehmen wollte, dieser Zusammenhang sei überhaupt nie vollständig zerstört worden, so müßte man entweder weiter behaupten, der Zwischeneigenthümer sei gar kein wahrer Eigenthümer, sondern werde nur wie ein Eigenthümer behandelt, was sich aber mit dem Inhalt der Quellen des römischen Rechts nicht vereinigen ließe, oder man müßte ein condominium plurium in solidum statuieren: ein während der Schwebe der Bedingung schlafendes Eigenthum des Tradenten, und ein während derselben Zeit vollwirksames Eigenthum des Accipienten, das existente condicione untergehe, wodurch dann

[132]) Man vergleiche z. B. Thibaut, in Archiv f. civ. Praxis. XVI. p. 387. Köppen, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. p. 53

das ſchlafende Eigenthum des Tradenten wieder vollwirkſam werde.[133]) So lange der Unterſchied zwiſchen quiritariſchem und bonitariſchem Eigenthum beſtand, war allerdings, wenn nur bonitariſches Eigenthum an einer Sache übertragen war, ein derartiges Verhältniß möglich; nach Beſeitigung des nudum jus Quiritium iſt es aber zu einer reinen Unmöglichkeit geworden.[134])

2) Nur eine kleine Modification des ſoeben beſprochenen Conſtructionsverſuchs iſt es, wenn man die Behauptung, daß unter einer Reſolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung ipso jure an den Tradenten zurückfalle, durch Verweiſung auf die Bedeutung der justa causa traditionis, als deren Theil ſich die Reſolutivbedingung darſtelle, auf die Eigenthumstradition zu rechtfertigen ſucht. Die justa causa traditionis ſei nothwendige Vorausſetzung für die Wirkſamkeit jeder Eigenthumstradition, und der Inhalt der justa causa traditionis maßgebend für den Umfang der Wirkſamkeit der Tradition. Wenn nun alſo die Reſolutivbedingung als Theil der justa causa traditionis die Wirkſamkeit der Tradition

[133]) Ueber die Unzuläſſigkeit dieſer Annahme vergl. auch Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung. p. 52.

[134]) Scheurl ſtellt die Hypotheſe auf, daß durch unrichtige Verwerthung von Stellen, die ſich urſprünglich nur mit reſolutivbedingter Uebertragung von bonitariſchem Eigenthum befaßt hätten, ſeitens der Compilatoren für das juſtinianeiſche Recht der Satz entſtanden ſei, daß unter einer Reſolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung ipso jure an den Tradenten zurückfalle. Dieſe Hypotheſe wird ſich im weiteren Verlauf meiner Darſtellung dadurch widerlegen, daß ſich zeigen wird, daß keine der von Scheurl angezogenen Stellen in ihrem urſprünglichen Zuſammenhang von reſolutivbedingter Uebertragung bonitariſchen Eigenthums gehandelt hat. cf. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbeſtimmungen bei Rechtsgeſchäften. p. 236. sqq. — Der Scheurl'ſchen Meinung verwandt iſt die von Czyhlarz, nur daß dieſer Schriftſteller einen ipso jure eintretenden Rückfall auch im juſtinianeiſchen Recht nur im Fall der in diem addictio annimmt. cf. Czyhlarz, cit. p. 57. sqq.

zeitlich beſchränke, ſo gehe durch die Tradition auch nur ein zeitlich beſchränktes Eigenthum über.[135])

Dieſe Deduction leidet einmal an denſelben Fehlern, wie die ſoeben beſprochene; dann aber iſt hier der justa causa traditionis eine Bedeutung und ein Einfluß zugeſchrieben, die ihr in keiner Weiſe zukommen.

Die justa causa traditionis iſt bekanntlich ein unendlich viel umſtrittener Gegenſtand,[136]) aus dem viel mehr gemacht worden iſt, als er verdient. In Wahrheit dürfte die Bedeutung der justa causa traditionis keine andere ſein als folgende:

Damit durch eine juriſtiſche Handlung ein gewollter juriſtiſcher Erfolg erzielt werde, genügt es nicht, daß der juriſtiſche Erfolg gewollt iſt und daß die Handlung vorgenommen worden iſt, ſondern es wird außerdem erfordert, daß der Wille, daß durch die Handlung ein beſtimmter juriſtiſcher Erfolg erzeugt werden ſolle, klar manifeſtiert iſt. Eine derartige Willensmanifeſtation kann in der Vornahme der Handlung ſelbſt liegen; liegt ſie aber nicht ganz klar darin ausgeſprochen, ſo iſt es für die Erreichung des gewollten juriſtiſchen Zweckes unumgänglich nothwendig, daß ſie durch einen weiteren Act zum klaren Ausdruck gebracht werde.

Eine Tradition an und für ſich iſt in Betreff der beabſichtigten Wirkungen derſelben ſtets ein ſehr vieldeutiger Act: wer Eigenthum übertragen will, tradiert; wer nur juriſtiſchen Beſitz übertragen will, tradiert; ebenſo tradiert aber auch, wer z. B. behufs Pfandbeſtellung abgeleiteten Beſitz übertragen will; und ebenſo wer

[135]) cf z. B. Müller, civ. Abhandlungen I. p. 261. sqq. Bangerow, Pandekten I. § 96. Sell, Ueber bedingte Traditionen. p. 8. sqq. 219. sqq. Levi, in der citierten Schrift. p. 8. sqq. — Man vergl. dagegen auch Engelmann, der Rückfall des Eigenthums im römiſchen Recht. p. 5 sqq.

[136]) cf. Hofmann, die Lehre vom titulus und modus adquirendi und von der justa causa traditionis. Bernhöft, der Beſitztitel im römiſchen Recht. p. 57. sqq. Daß zum unmittelbaren Eigenthumserwerb durch Tradition ſtets eine justa causa erfordert werde, finde ich weder in c. 24. de R. V., noch in c. 3. de usuc. pro don. (Bernhöft cit. p. 19.) ausgeſprochen.

den Empfänger bloß zum Detentor machen will. Es ist also unmöglich, anzunehmen, daß durch eine Tradition, wenn sie von einer dazu berechtigten Person in der Absicht vorgenommen werde, Eigenthum zu übertragen, und wenn der Empfänger die Absicht habe, dadurch Eigenthümer zu werden, Eigenthum übertragen werde; denn der unausgesprochene Wille, Eigenthum zu übertragen, genügt nicht, um juristische Folgen zu erzeugen, sondern nur der klar und unzweideutig erklärte; eine solche unzweideutige Erklärung kann aber in der Tradition selbst nicht gefunden werden. Es ist also nothwendig, daß zu der Tradition, damit sie Eigenthum übertragen könne, noch ein weiterer Umstand hinzukomme, der den Willen, daß Eigenthum übertragen werden solle, klar manifestiert. Ein solcher weiterer den Eigenthumsübertragungswillen manifestierender Umstand kann eine ausdrückliche Erklärung, oder was dem gleich steht, eine sonstige concludente Handlung sein. Wenn der Eigenthumübertragungswille in solcher Weise manifestiert ist, kommt darauf, ob außerdem auch noch eine justa causa traditionis vorliege, für den Eigenthumsübergang gar nichts an. Liegt aber weder eine ausdrückliche Erklärung vor, daß durch die Tradition Eigenthum übertragen werden solle, noch eine sonstige concludente Handlung, woraus der Wille, daß die Tradition Eigenthum übertragen solle, mit Sicherheit geschlossen werden kann, dann wird durch die Tradition nur dann Eigenthum übertragen, si justa causa traditionis praecessit, d. h. wenn der Abschluß eines Rechtsgeschäfts vorhergegangen ist, das den Tradenten zur Eigenthumsübertragung verpflichtete; wo dann also die Tradition aus dem vorhergegangenen Rechtsgeschäft ihre Erläuterung empfängt. Dieß ist der Sinn der vielbesprochenen l. 31. pr. de acq. rer. dom. von Paulus:

> Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa traditionis praecesserit, propter quam traditio sequeretur;

und der ähnlichen Aussprüche bei Gajus, Inst. II. 20., Ulpian, fragm. XIX. 7. und in § 40. J. de rer. div.

Es ſteht hier nicht, daß nie eine traditio Eigenthum übertrage, außer wenn justa causa traditionis praecessit, ſondern es ſteht da, daß nie nuda traditio ohne dieſes weitere Erforderniß Eigenthum übertrage, d. h. eine traditio, bei der nicht durch ausdrückliche Erklärung oder ſonſtige begleitende Umſtände außer Zweifel geſtellt iſt, daß damit Eigenthumsübertragung beabſichtigt ſei. Damit eine ſolche nuda traditio aber Eigenthum übertrage, wird nicht einfach das Vorhandenſein einer justa causa traditionis erfordert, ſo daß es genügte, wenn dieſe auch allenfalls erſt nach der Tradition zu Stande komme, ſondern es wird justa causa traditionis praecedens verlangt. Denn nur aus dem vorhergegangenen Abſchluß eines Rechtsgeſchäfts kann auf den Sinn einer Tradition geſchloſſen werden, nie aber aus einem erſt nach der Tradition erfolgten Abſchluß eines Rechtsgeſchäfts, weil es nie und nimmer feſtgeſtellt werden kann, ob der Tradent ſchon bei der Tradition das zukünftige Rechtsgeſchäft im Auge hatte oder nicht, da er ja gerade bei der Tradition zur Erläuterung derſelben nichts geſprochen hat.[137])

Nach dieſer Auffaſſung von der justa causa traditionis hat dieſelbe nur eine untergeordnete, eine declaratoriſche Bedeutung, wenn der Sinn einer Tradition nicht anders woher erkannt werden kann, und iſt das Vorhandenſein einer justa causa traditionis durchaus nicht überall Vorausſetzung für die Eigenthum übertragende Wirkſamkeit einer Tradition.

Aber ſelbſt wenn man der justa causa traditionis die weitgehendſte Bedeutung einräumen wollte, wenn man ihr Vorhandenſein als eine unerläßliche Vorausſetzung der Wirkſamkeit einer jeden Eigenthumstradition anſehen wollte, und wenn man ihren genaueren Inhalt in jeder Beziehung maßgebend ſein laſſen wollte für den Umfang der Wirkſamkeit der Tradition, ſo würde man doch unmöglich

[137]) cf. Otto Mayer, die justa causa bei Tradition und Uſukapion. p. 70. sqq.

dahin gelangen können, es zuzulassen, daß durch die justa causa traditionis der Umfang der Wirksamkeit der Tradition auch in einer juristisch unmöglichen Weise eingeschränkt werde. Wenn Vangerow sagt, im Fall der Reservation von Servituten in der justa causa traditionis gehe das Eigenthum nur mit dieser durch das vorausgehende Rechtsgeschäft bestimmten materiellen Beschränkung auf den Erwerber über, so ist dieß ein offenkundig falscher Satz, der auf die klarste Weise widerlegt wird durch Stellen, wie l. 35. de servit. praed. urb. l. 6. § ult. comm. praediorum und l. 19. pr. quem adm. serv.[138]) In diesen Stellen wird ganz klar der Satz ausgesprochen, daß trotzdem der Verkäufer einer Sache beim Verkauf, also bei dem Zustandekommen der justa causa, sich Servituten reserviert habe, dennoch wenn diese Reservation bei der Tradition nicht wiederholt werde, durch diesen Act volles und freies Eigenthum, kein mit Servituten belastetes Eigenthum auf den Käufer übertragen werde. Müller l. c. hat seine Behauptung, daß die justa causa

[138]) Die l. 19. pr. cit. hat schon zu mißverständlichen Interpretationen Veranlassung gegeben. Man vergl. Unterholzner, Verjährungslehre, zweite Auflage von Schirmer, II. p. 217. Anm. 669. Der Sinn der Stelle ist einfach der, daß wenn jemand sich nur beim Verkauf eine Servitut vorbehalten hat, nicht aber bei der Tradition, trotz dem Uebergang des Eigenthums an den Käufer doch keine Servitut zu Stande gekommen ist, sondern nur eine obligatio ad constituendam servitutem, weil damals, als die Bestellung der Servitut verabredet wurde, noch keine Servitut entstehen konnte, weil der, zu dessen Gunsten sie entstehen sollte, noch Eigenthümer war, und weil später, als er Eigenthümer zu sein aufgehört hatte, und jetzt also eine Servitut entstehen konnte, nichts mehr geschehen ist, was sie ins Leben zu rufen geeignet war; und daß deshalb, wenn die für die Extinctivverjährung der Servituten bestimmte Frist verstrichen ist, ohne daß in Bezug auf die Servitut etwas geschehen wäre, der Verkäufer keinerlei Recht in Betreff der Servitut verloren hat; denn die Servitut selbst konnte er nicht verlieren, weil er sie noch gar nicht hatte, und die obligatio ad servitutem constituendam verjährt nicht bereits in der für die Extinctivverjährung von Servituten bestimmten Zeit, sondern erst in 30 Jahren. cf. Glossa ad h l.

traditionis maßgebend ſei für den Umfang des tradierten Eigenthums, mit dieſen Stellen durch die Redewendung zu vereinigen gewußt: „darum hat derjenige, welcher ſein Eigenthum unbedingt, jedoch dem Inhalt nach beſchränkt, einem anderen überlaſſen . . . will, dieſes letztere nur ſogleich im Veräußerungsvertrag (justa causa) und bei der Tradition auszuſprechen.“!

Und wenn weiter zum Beweis der beſchränkenden Macht der justa causa traditionis auf den Satz verwieſen wird, daß wenn der justa causa eine Suſpenſivbedingung beigefügt ſei, „ungeachtet gleichbaldiger Tradition das Eigenthum nur erſt mit erfüllter Bedingung entſtehe“, ſo beweiſt dieſer Satz gar nichts, denn entweder erklärt er ſich daraus, daß vor erfüllter Bedingung der Wille, daß Eigenthum übertragen werden ſolle, noch nicht conſtatiert iſt; oder wenn dieſer Wille anders woher, z. B. durch ausdrückliche Erklärung conſtatiert ſein ſollte, ſo iſt er falſch. Denn niemand wird behaupten wollen, daß wenn jemand eine Sache unter einer Bedingung verkauft, und dann dieſelbe tradiert mit der ausdrücklichen Erklärung, daß durch die Tradition Eigenthum übergehn ſolle, doch kein Eigenthum übergehe. —

Ihrem Umfang nach unklare Traditionen mögen aus der justa causa erläutert werden können. Wenn z. B. jemand condominium pro partibus indivisis verkauft hat, oder nur einen Theil eines Grundſtücks verkauft hat, und nachher ohne genaue Angabe des Zweckes der Tradition oder des Umfangs des tradierten Objects tradiert, ſo kann aus dem Kauf als justa causa traditionis gefolgert werden, daß nur Miteigenthum, daß nur Eigenthum an einem Theil tradiert worden ſei; aber einer klaren, bei der Tradition ſelbſt erfolgten Zweckangabe der Tradition gegenüber iſt die justa causa traditionis vollſtändig machtlos; ſo daß alſo, wenn jemand nur condominium verkauft hat, aber ausdrücklich das ganze Eigenthum tradiert, zweifellos das ganze Eigenthum auf den Empfänger übergeht, und nur möglicher Weiſe eine condictio indebiti auf Zurückgabe eines Theils begründet ſein kann. Vollends wirkungslos iſt es endlich, wenn durch die justa causa traditionis der Umfang

des zu übertragenden Eigenthums in einer rechtlich un Weise beschränkt wird. Das Eigenthum hat einen gegebene die Ausübung des Eigenthums kann beschränkt sein durch bestehende jura in re aliena; sowie aber nur der mindeste theil aus dem Eigenthum wirklich losgelöst würde, würde de thum nothwendiger Weise aufhören, Eigenthum zu sein: das dann noch bestehende Recht wäre irgend ein anderes Recht, aber gewiß kein Eigenthum. Die Uebertragung von Eigenthum weniger einer Servitut ist wörtlich verstanden eine contradictio in adjecto, denn sowenig ein Kreis noch ein Kreis ist, wenn ein Stück herausgeschnitten ist, sowenig ist Eigenthum noch Eigenthum, wenn der Inhalt einer Servitut fehlt. Man könnte also den Verkauf von Eigenthum mit Abzug einer Servitut als sinnlos für ungültig erklären; aber man steift sich nicht auf die Worte, man beachtet den Sinn: man läßt trotz der bei der justa causa ausgesprochenen Beschränkung doch volles Eigenthum übergehn, und legt nur dem Empfänger die Verpflichtung auf, eine Servitut zu bestellen, wodurch nicht das Eigenthum, sondern nur seine Ausübung beschränkt wird. Die Bestellung der Servitut erfolgt entweder durch nochmalige Reservation im Augenblick der Tradition, denn in dem Augenblick, wo der Accipient Eigenthümer wird, kann die Servitut bestellt werden, oder durch einen späteren, zur Bestellung der Servitut geeigneten Act.

So wenig aber aus den Befugnissen des Eigenthums irgend eine losgelöst werden kann, ohne daß dadurch der Begriff des Eigenthums zerstört würde, sowenig kann das Eigenthum seiner Dauer nach beschränkt werden, ohne daß sein Begriff dadurch zerstört würde: ad tempus dominium transferri nequit, *πρόςκαιρος οὐκ ἔρρωται δεσπότεια.*[139]) Eine Uebertragung des Eigenthums auf Zeit ist als widersinnig nichtig. Indirect kann allerdings auch hier der Wille der Contra-

[139]) cf. Vat. fr. 283. Stephanus, zu Bas. 16, 1, 4. bei Zachariae, Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae. p. 63.

henten aufrecht erhalten werden; doch hiervon zu reden iſt erſt im nächſten Abſchnitt der paſſende Ort.

3) Andere ſuchen die Behauptung, daß bei Eintritt der Reſolutivbedingung Eigenthum ipso jure an den alten Eigenthümer zurückfalle, durch den Satz der l. 48. de pact. zu ſtützen: In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est;[140]) in offenbarer Mißkennung der Tragweite dieſes Satzes. Denn der Satz ſagt ſeinem Wortlaut nach weiter nichts, als daß Nebenverträge bei Traditionen gültig wären; dagegen iſt mit keiner Silbe angedeutet, daß dieſe gültigen Nebenverträge mehr Kraft haben ſollten, als wenn ſie als Hauptverträge gültig wären. Ein gültiger Hauptvertrag kann aber kein Eigenthum übertragen, alſo auch nicht ein gültiger Nebenvertrag. Sonſt müßte man auch von den leges mancipationum et in jure cessionum, die durch die 12 Tafeln ausdrücklich confirmantur,[141]) behaupten, daß ſie Eigenthum übertragen könnten.

4) In modifizierter Form tritt die ſoeben beſprochene Meinung bei Jhering[142]) auf. Darnach ſoll ſich eine einer Tradition beigefügte Reſolutivbedingung darſtellen als eine vom bisherigen Eigenthümer rei suae dicta lex. Durch eine lex rei suae dicta ſoll ſich aber der Eigenthümer gar manche Rechte bei Veräußerung ſeiner Sache vorbehalten können, die ſich ein Nichteigenthümer an fremder Sache nie beſtellen laſſen kann; ſo z. B.

a. nach l. 19. de serv. eine servitus praedio non utilis. Daß dieſe Auffaſſung eine irrige iſt, erhellt daraus, daß in der l. 19. cit. als Beiſpiel dieſer angeblichen servitus praedio non utilis eine servitus aquae ductus erſcheint, deren Eigenſchaft als praedio utilis ſonſt nicht angezweifelt zu werden pflegt. Der Sinn der Stelle ſcheint vielmehr kein anderer zu ſein, als daß man ſich auch eine Servitut

[140]) cf. z. B. Fitting, in Zeitſchrift f. Handelsrecht II. p. 260. not.
[141]) Vat. fr. 50.
[142]) cf. Jhering, Jahrb. f. Dogmatik. X. p. 549. sqq.

für sein Grundstück bestellen lassen kann, die demjenigen, der sie sich bestellen läßt (nobis, nicht praedio) persönlich keinen Nutzen bringt, weil er selbst keinen Gebrauch davon machen kann, wenn sie nur praedio utilis ist, indem der Werth desselben dadurch erhöht wird, indem ein späterer Eigenthümer davon Gebrauch machen kann. Daß in der Stelle gerade von einer vorbehaltenen Servitut die Rede ist, ist eine Zufälligkeit; dasselbe gilt von einer an jemanden, der bisher nicht Eigenthümer war, zu bestellenden Servitut.

b. Ein anderes Beispiel von gültigem Vorbehalt eines Rechtes bei Gelegenheit der Tradition, das sonst nicht gültig bestellt werden könnte, soll vorkommen in l. 6. pr. comm. praed. Dort soll nämlich von dem Erforderniß der Vicinität des praedium dominans und des praedium serviens deswegen abgesehen sein, weil es sich um eine deductio servitutis handle. Nun wird aber von dem Erforderniß der Vicinität im strengen Sinne des Wortes ebenfalls abgesehn in l. 5. si serv. vindicetur, und in l. 39. de serv. praed. urb., obwohl in diesen Stellen nicht von einer deductio servitutis, sondern von einer cessio servitutis, resp. von imponere servitutem die Rede ist. Die verschiedenen von Vicinität redenden Stellen lassen sich aufs ungezwungenste in der Weise miteinander vereinigen, daß man in denjenigen Stellen, die Vicinität verlangen, darunter ein solches örtliches Verhältniß der beiden Grundstücke zu einander versteht, vermöge dessen es möglich ist, von dem herrschenden Grundstück so auf das dienende einzuwirken, wie es durch die Servitut verstattet wird, oder vermöge dessen es möglich ist, daß die servitus praedio dominanti utilis est; und daß man dagegen, wenn es heißt parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non, vicinus in dem gewöhnlichen Sinn von benachbart versteht.[143])

c. Ein drittes Beispiel soll vorkommen in l. 13. pr. comm.

[143]) cf. bes. l. 14. § 2. de serv. l. 1. pr. de serv. praed. urb. — Arndts, Pandekten. § 183.

praed. Aber wo ſteht, daß der Eigenthümer eines am Meere gelegenen Grundſtücks dem Eigenthümer eines andern am Meere gelegenen Grundſtücks, außer bei Gelegenheit der Veräußerung dieſes Grundſtücks von jenem an ſich, das Recht nicht einräumen könne, ihn zu verhindern, vor ſeinem Grundſtück zu fiſchen? und daß dann nicht personae possidentium aut in jus eorum succedentium per stipulationis legem obligantur? Die l. 13. § 7. de injur. zu dieſem Beweis zu benützen, dürfte doch ſehr bedenklich ſein.

d. Viertens ſoll jener Satz dadurch beſtätigt werden, daß es zwar in l. 61. de pactis hieße: nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet, daß man aber

α. bei einer Veräußerung ſeiner Sache ſich wohl Unveräußerlichkeit derſelben mit dinglicher Wirkung ausbedingen könne, nach c. 3. de cond. ob caus. Aber von der dinglichen Wirkung iſt in c. 3. cit. keine Spur angedeutet, vielmehr demjenigen, der ſich bei Hingabe ſeiner Sache deren Unveräußerlichkeit ausbedungen hat, für den Fall der Uebertretung des Veräußerungsverbots nur eine condictio causa data causa non secuta gewährt. Dieſe Beſtimmung verträgt ſich mit der obigen ſehr wohl: nemo paciscendo efficere potest, ne vicino invito praedium alienet, heißt: ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot hat keine dingliche Wirkung; und die c. 3. cit. ſagt dann weiter: perſönliche Klagen können aber daraus entſtehen, ſo in einem Fall eine condictio causa data causa non secuta; von anderen Fällen reden l. 75. de contr. emt. und l. 21. § 1. de act. emt. vend.

β. Trotz l. 61. de pactis ſoll man bei Veräußerungen das Beerdigungsrecht beſchränken können, nach l. 11. de relig. Daß dieß mit dinglicher Wirkung geſchehen könne, ſteht nicht in dieſer Stelle, und nemo paciscendo efficere potest, ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, und die l. 11. cit. vertragen ſich ſehr gut in der Weiſe miteinander, daß man erſteren Satz dahin verſteht: niemand kann mit

dinglicher Wirkung das Beerdigungsrecht des Eigenthümers vertragsmäßig beschränken; und die l. 11. cit. dahin: wohl aber entsteht, wenn die richtige Form zur Anwendung gebracht worden ist, aus einem derartigen Vertrag eine Obligation.

γ. Dasselbe ist zu sagen, wenn in c. ult. de pact. int. emt. et vend. ein Verbot der Dedication für gültig erklärt wird. Die l. 61. cit. constatiert nur, daß es keine dingliche Wirkung hat; die c. ult. cit. läßt ihm aber persönliche Wirkung zukommen.

Dieß sind abgesehn von den wirklich oder angeblich von resolutivbedingter Eigenthumstradition redenden Stellen, die dann die Anwendung des von Ihering aufgestellten Satzes auf die resolutivbedingte Eigenthumstradition constatieren sollen, und auf die ich später zu reden kommen werde, alle Stellen, die die besondere dingliche Wirkung der lex rei suae dicta beweisen sollen, aber diesen Beweis zu erbringen doch wohl kaum im Stande sind.

Einige ältere Versuche, den ipso jure erfolgenden Rückfall resolutivbedingt tradierten Eigenthums bei Eintritt der Bedingung aus allgemeinen Principien zu erklären, als z. B. die Idee, daß das Eigenthum ipso jure zurückfalle, weil durch Eintritt der Bedingung ein solcher Zustand geschaffen sei, daß es nicht mehr jetzt entstehen könne, und ein jedes Recht untergehn müsse, wenn es in die Lage gekommen sei, jetzt nicht mehr entstehn zu können; oder die verwandte Idee, daß das Eigenthum ipso jure zurückfallen müsse, weil durch Eintritt der Bedingung die justa causa traditionis weggefallen sei; oder gar solche Versuche, die zur Begründung der Behauptung des ipso jure eintretenden Rückfalls einfach diese Behauptung wiederholen, kann ich hier füglich vollständig unbesprochen lassen, indem ihre Unhaltbarkeit schon längst allgemein anerkannt ist.

Die sämmtlichen Versuche, trotz richtiger Auffassung des Wesens der Resolutivbedingung doch beweisen zu wollen, daß unter einer Resolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung ipso jure an den früheren Eigenthümer zurückfalle, können demnach nicht als gelungen bezeichnet werden. Das einzige, dem Begriff der

Resolutivbedingung entsprechende Resultat ist das, daß bei Eintritt der Bedingung für den Empfänger nur eine Verpflichtung entsteht, das Eigenthum zurückzuübertragen, und mit diesem Resultat stimmen auch alle von Eigenthumsübertragung redenden Stellen überein, sei es, daß sie es direct aussprechen, sei es, daß sie wenigstens nicht widersprechen.

Die erste und wichtigste der hierher gehörigen Stellen ist die l. 42. pr. de m. c. d. Diese Stelle ist von Papinian und lautet folgendermaßen:

Papinianus libro XIII. responsorum.

Seja cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset, usumfructum sibi recepit, et convenit, ut si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. Igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. Bonae fidei autem judicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat, se bona, cum moreretur, filiis Titii restituturam. Incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. Sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? Utrum ergo certae condicionis donatio fuit, an quae mortis consilium ac titulum haberet. Sed denegari non potest, mortis causa factam videri. Sequitur, et soluta priore donatione, quoniam Seja Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. Muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

Ueber die richtige Interpretation dieser Stelle habe ich mich bereits in meiner Abhandlung über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio p. 69. sqq ausgesprochen. Dadurch, daß von

der Möglichkeit einer von den Kindern des Titius gegen die Seja anzustellenden rei vindicatio gesprochen wird, und daß diese rei vindicatio nicht geradezu für unbegründet erklärt wird, sondern daß nur gesagt wird, daß sie mit einer exceptio würde zurückgeschlagen werden können, wird auf das deutlichste manifestiert, daß trotz dem Eintritt der Bedingung des resolvierenden Nebengeschäfts derjenige, auf den Eigenthum mit dieser Nebenbestimmung übertragen war, nicht aufgehört hat, Eigenthümer zu sein. Wenn, wie das keineswegs unmöglich, aber durchaus nicht nothwendig anzunehmen ist, Papinian statt traditionibus factis, mancipationibus factis geschrieben hat, so beweist die Stelle für das antejustinianeische Recht allerdings weiter nichts, als daß durch mancipatio unter einer Resolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Resolutivbedingung nicht ipso jure zurückfällt, was nach dem früher dargestellten auch ohne diese Stelle feststeht. Aber in der Stelle als Theil der Pandecten steht doch jedenfalls traditionibus factis, und somit beweist die Stelle, daß nach justinianeischem Recht auch durch Tradition mit einer Resolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Resolutivbedingung nicht ipso jure zurückfällt.

Auf die anderen, in ihrem Zusammenhang zu ähnlichem Resultat, daß nämlich unter einer Resolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung nicht von selbst an den früheren Eigenthümer zurückfällt, führenden, von mortis causa donatio redenden Stellen will ich mich hier des näheren gar nicht einlassen; was darüber zu sagen ist, habe ich zusammengestellt in meiner Abhandlung über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio p. 56. sqq. Dagegen muß ich allerdings hier noch zweier Stellen Erwähnung thun, die auf den ersten Blick wohl dem aus der l. 42. cit. gezogenen Resultat zu widersprechen scheinen. Es sind dieß die l. 29. de m. c. d. und die l. 14. eod.

Die l. 29. de m. c. d. habe ich in meiner citierten Abhandlung einer eingehenden Besprechung unterworfen und daselbst meine Ansicht entwickelt, daß in Wahrheit zwischen l. 42. cit. und ihr keinerlei Widerspruch besteht. Die dem Schenker nach Eintritt der

Bedingung zugeſtandene in rem actio ſtellt ſich nicht als eine auf ſein wiedererlangtes Eigenthum gegründete rei vindicatio, ſondern als eine auf die alten Erwerbsthatſachen, die früher auch einmal ſeinen Eigenthumserwerb vermittelt hatten, gegründete Publiciana in rem actio dar. Daß die interim dem Beſchenkten zugeſprochene in rem actio existente condicione erliſcht, erklärt ſich daraus, daß existente condicione die für ihre Begründung nothwendige justa causa fortgefallen iſt, wie ich das in meiner citierten Abhandlung p. 81. und p. 4. Anm. 8. dargeſtellt habe; denn unter dieſer in rem actio eine Publiciana und nicht eine rei vindicatio zu verſtehen, gebietet, wenn unter der dem Schenker zugeſprochenen in rem actio die Publiciana zu verſtehn iſt, der Zuſammenhang.[144])

[144]) Zu meinen Ausführungen vergleiche man Czyhlarz, in Jenaer Literaturzeitung. 1874. p. 107. Grüchot, in Beiträge zur Erläuterung des preußiſchen Rechts. XVIII. p. 632. sqq. Brinz, in krit. Vierteljahrſchrift XVI. p. 251. sqq. Cohn, in Zeitſchrift f. die deutſche Geſetzgebung. VIII. p. 297. sqq. — Windſcheid, Pandekten. I. § 199. not. 14. § 174. not. 9. § 90. not. 1. in der vierten Auflage. Schloßmann, Zur Lehre vom Zwange, namentlich p. 103. sqq. Huſchke, Das Recht der Publicianiſchen Klage. p 21. p. 29. sqq. — Gegen meine Anſicht, daß einem geweſenen Eigenthümer auf Grund der Thatſachen, die ihn zum Eigenthümer gemacht hatten, wenn dieſe überhaupt geeignet geweſen ſeien, eine Publiciana in rem actio zu begründen, eine Publiciana in rem actio auch noch zuſtehn müſſe, wenn er aufgehört habe, Eigenthümer zu ſein, weil dadurch, daß er aufgehört habe, Eigenthümer zu ſein, jene klagebegründenden Thatſachen nicht ungeſchehen gemacht worden ſeien, hat man folgendes geltend gemacht. (cf. Schloßmann cit. Huſchke cit.) Die Publiciana in rem actio iſt keine reine in factum actio, ſondern ſie iſt eine actio fictitia. Zu ihrer Begründetheit genügt es alſo nicht, daß jene Thatſachen, die ſie zur Exiſtenz gerufen haben, noch vorliegen, ſondern es muß außerdem auch noch die Fiction möglich ſein, daß der Kläger auf Grund dieſer Thatſachen in Folge von Uſukapion Eigenthümer ſei; dieſe Fiction iſt aber, nachdem der Kläger eine Veräußerung vorgenommen hat, nicht mehr möglich; denn, wenn es auch jetzt noch möglich wäre, daß er durch Uſukapion Eigenthümer geworden ſei, ſo wäre es doch in Folge der Veräußerung nicht mehr möglich, daß er noch Eigenthümer ſei. Dieſer Einwand ſcheint mir auf einer irrigen Auffaſſung der in der Publiciana in rem actio enthaltenen

Die l. 14. de m. c. d. lautet:

Julianus libro XVIII. Digestorum.

Si mortis causa donatus fundus est, et in eum impensae

Fiction zu beruhen. Der Inhalt dieser Fiction ist nicht der, daß der Kläger auf Grund von Usukapion Eigenthümer sei, sondern der, daß er auf Grund von Usukapion Eigenthümer sein könne, wenn dazu, daß er eine usukapionsfähige Sache bona fide gekauft habe, noch der weitere Umstand als vorliegend angenommen werde, daß er ein Jahr lang im Besitz gewesen sei. Man beachte die maßgebenden Worte der Publiciana in rem actio:

Si quem hominem A^s A^s emit, et is ei traditus est, anno possedisset tunc si eum hominem de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret . . . .

Man denke sich, die Klage wird angestellt, nachdem der Kläger eine der Usukapion nicht entzogene Sache bona fide gekauft hatte, dieselbe einen Tag besessen und sie dann wieder veräußert hatte. Hier ist doch die Intention jedenfalls begründet, denn es ist wahr:

1. daß der Kläger gekauft hat;
2. daß ihm die Sache tradiert worden ist;
3. daß er, wenn er sie ein Jahr besessen und nicht sofort wieder veräußert hätte, ihr Eigenthümer wäre.

Nun wird aber der Richter gar nicht instruiert, zu untersuchen, wie lange der Kläger besessen hat, und wann er gekauft hat, und wann ihm tradiert worden ist, sondern es wird ihm nur aufgegeben, zu untersuchen, ob er gekauft hat und ob ihm tradiert worden ist, und ob er auf Grund dieser Thatsachen in Folge von Usukapion Eigenthümer sein könne: folglich ist es einerlei, ob der Kläger ein Jahr oder zehn Jahr besessen hat; ob er wieder veräußert hat, oder ob er nicht wieder veräußert hat: und wenn er wieder veräußert hat, ob er nach Ablauf eines Tages oder nach Ablauf von hundert Jahren wieder veräußert hat: die Publiciana in rem actio bleibt immer begründet.

Wollte man aber auch als Inhalt der Fiction annehmen, daß der Kläger auf Grund von Usukapion Eigenthümer sei, so würde das nicht den Erfolg haben, daß einem gewesenen Eigenthümer nie eine Publiciana in rem actio zustehn könnte, sondern nur der, daß sie ihm gegen einen unberechtigten Besitzer nicht zustehn könnte. Denn wenn er die Publiciana in rem actio gegen einen berechtigten Besitzer anstellt, wird ja gerade durch Aufnahme der replicatio in die Formel der Richter angewiesen, von den in der exceptio vorgebrachten Thatsachen, die die Möglichkeit der Fiction, daß der Kläger Eigenthümer sei, zerstören würden, abzusehn.

necessariae atque utiles factae sint, fundum vindicantes doli mali exceptione summoventur, nisi pretium earum restituent.[145])

Wer sind die fundum vindicantes? Haben hier vielleicht mehrere Miteigenthümer gemeinschaftlich eine mortis causa donatio gemacht? Oder ist der Schenker auch bereits gestorben und klagen seine Erben? Oder hat man sich das Verhältniß vielleicht so zu denken, daß jemand einen mehreren anderen gehörigen fundus mortis causa geschenkt hat, und nunmehr die mehreren wahren Eigenthümer mit der rei vindicatio klagend gegen den mortis causa beschenkten auftreten? Dieß sind unlösbare Fragen. Aber wenn man sich auch unter den Vindicanten die Schenker zu denken hat, so folgt aus der Stelle doch durchaus nicht, daß auf den Beschenkten übertragenes Eigenthum ipso jure an die Schenker zurückgefallen war. Denn die mortis causa donatio kann eine suspensivbedingte gewesen sein, oder Julian kann sich den Fall so gedacht haben, daß nur bonitarisches Eigenthum auf den Schenker übertragen gewesen sei. Man sieht, diese Stelle kann nichts beweisen, weil ihre Beziehungen viel zu unklar sind.

Eine zweite Stelle, die auf das klarste beweist, daß unter einer Resolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung nicht ipso jure an den früheren Eigenthümer zurückfällt, ist die c. 2. de cond. ob caus. dat. 4, 6.

Diese Stelle lautet:

Imp. Alexander A. Asclepiadi.

Si, ut proponis pater tuus ea lege sorori tuae praedia ceteraque, quorum meministi, donavit, ut creditoribus ipsa

[145]) cf. Bas. 47, 3, 14 und Scholien dazu. Glossa ad h. l. Rieſſer, in Zeitſchrift f. Civilrecht und Proceß. II. p. 308. 309. Sell, Ueber bedingte Traditionen. p. 229. Windſcheid, die Lehre des römiſchen Rechts von der Vorausſetzung. p. 152. Fitting, in Zeitſchrift f. Handelsrecht. II. p. 247. Czyhlarz, Zur Lehre von den Reſolutivbedingungen. p. 95. Jhering, in Jahrb. f. Dogmatik. X. p. 575.

satisfaceret, ac si placita observata non essent, donatio resolveretur, eaque contra fidem negotii gesti versata est, non est iniquum, actionem condictionis ad repetitionem rerum donatarum tibi, qui patri successisti, decerni. P. P. XIV. Kal. Dec. Albino et Maximo Conss. (227.)[146])

Diese Stelle gegen ihren klaren Wortlaut: ac si placita observata non essent, donatio resolveretur, nicht von einer Resolutivbedingung, sondern von einem modus verstehn zu wollen, sehe ich gar keinen zwingenden Grund. Für die Auffassung der Nebenbestimmung als Resolutivbedingung spricht auch der Wortlaut der Basiliken (24, 1, 30.): *εἰ δὲ μήγε, ἀνυπόστατον εἶναι τὴν δωρεάν*, und *ἡ δωρεὰ ἀνατρέπηται.* Allerdings bringen die Scholiasten zu den Basiliken zur Erläuterung der Stelle lauter andere Stellen bei, die von modus reden; und auch die Glosse scheint die Nebenbestimmung als modus zu fassen, und doch sieht man aus ihren Erörterungen, daß sie sich sehr wohl bewußt ist, daß diese Nebenbestimmung doch etwas mehr als ein gewöhnlicher modus ist.

Eine dritte ganz durchaus klar redende Stelle ist die l. 15. de cond. caus. dat. 13, 4. Diese Stelle lautet folgendermaßen:

l. 15. de cond. caus. dat.

Pomponius libro XXII. ad Sabinum.

Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit praefecto vigilum quasi in facinore deprehensum: praefectus vigilum eum summo supplicio affecit. Ages cum Attio, dari eum tibi oportere, quia et ante mortem dari tibi cum oportuerit. Labeo ait, posse etiam ad exhibendum agi, quoniam

[146]) cf. Bas. 24, 1, 30. Glossa ad h. l. Fitting, in der Zeitschrift f. Handelsrecht. II. p. 249. 267.

fecerit, quominus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses ejus hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse. Sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia re aliena ita sit usus, ut sciret, se invito domino uti, aut dominum, si sciret, prohibiturum esse.[147])

Zu dieſen drei ganz klar und unwiderleglich redenden Stellen kommen dann noch einige von untergeordneter Bedeutung hinzu.

Ich erwähne hier zunächſt die c. 7. de pact. int. emt. 4, 54., welche folgendermaßen lautet:

Impp. Diocletianus et Maximianus A A. et C C. Musco.

Si a te comparavit is, cujus meministi et convenit, ut si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inemta, remitti hanc conventionem rescripto nostro non jure potis. Sed si se subtrahat, ut jure dominii eandem rem retineat, denunciationis et obsignationis depositionisque remedio contra fraudem potes juri tuo consulere.

Daß hier nicht von einem pactum de retrovendendo, ſondern von einem direct auflöſenden Nebenvertrag die Rede iſt, ſcheint mir aus den Worten: sit res inemta, hervorzugehen. Ob dieſer Nebenvertrag ſich aber als Reſolutivbedingung darſtellt, oder ob er nicht vielmehr dem Kaufgeſchäft einen Endtermin ſetzt, das läßt ſich nicht feſtſtellen; ebenſo iſt auch der ſonſtige Inhalt des auflöſenden Nebenvertrags keineswegs klar; ſoviel geht aber jedenfalls aus der Stelle hervor, daß wenn die Bedingung des auflöſenden Nebenvertrags eingetreten iſt, oder wenn der Endtermin gekommen iſt, der Käufer doch noch nicht aufgehört hat, Eigenthümer der gekauften Sache zu ſein,

[147]) cf. Bas. 24, 1, 15. und Scholien dazu. Glossa ad h. l. Rieſſer, in Zeitſchrift f. Civilrecht und Proceß. II. p. 28. Thibaut, im Archiv f. civ. Praxis. XVI. p. 394. Bangerow, Pandekten. I § 96. Fitting, in Zeitſchrift f. Handelsrecht. II. p. 266.

denn sonst könnte doch nicht von einem Versuch seinerseits die Rede sein, die gekaufte Sache jure dominii zurückzuhalten.[148])

Ferner erwähne ich ein Basilikenscholion zu l. 67. § 3. de furt. Die l. 67. § 3. de furt. an und für sich beweist noch nichts, wohl aber, wenn sie von dem in dem Scholion erwähnten ersten Fall verstanden werden darf.

Die l. 67. § 3. de furt. lautet:

Celsus libro XII. Digestorum.

Cum servus inemtus factus sit, non posse emtorem furti agere cum venditore ob id, quod is servus post emtionem, antequam redderetur, surripuisset.[149])

Das betr. Scholion bei Heimbach, Bas. 60, 12, 67. lautet:

„*Ἠγόρασα παρὰ σοῦ οἰκέτην, καὶ συνεφωνήθη, εἰ ἀπαρέσει μοι, ἀναγόραστον αὐτὸν εἶναι, ἢ καὶ ἐμπαθοῦς εὑρεθέντος αὐτοῦ, ἐκινήθη ἡ ῥεδιβιτορία, καὶ γέγονεν ἀναγόραστος. οὐ δύναμαι ἐγὼ ὁ ἀγοραστής, εἰ μετὰ τὴν ἀγορασίαν ἔκλεψέ μοι πρᾶγμα ὁ οἰκέτης, πρὶν αὐτὸν ἀναδοῦναί σοι κινῆσαι κατὰ σοῦ τὴν νοξαλίαν φούρτι, ἐπειδὴ δεσπότης ἐπῆρχον, ὅτε ἔκλεψε παρ' ἐμοῦ ὁ οἰκέτης.*“

Ein anderes Scholion, das ebenfalls die Stelle auf einen mit pactum displicentiae abgeschlossenen Kaufvertrag bezieht, lautet:

[148]) Wie der Tipuzitus, bei Heimbach, Bas. 19, 1, 94, dazu kommt, eine dem Verkäufer zustehende rei vindicatio zu erwähnen, und wie Fitting, in der Zeitschrift für Handelsrecht. II. p. 267. dazu kommt, aus der Stelle zu folgern, daß unter einer Resolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung von selbst zurückfalle, ist mir nicht klar. Außerdem vergleiche man noch zur Interpretation der Stelle die Glossa ad h. l. Rieſſer, in Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. II. p 30. sqq Müller, Civiliſtiſche Abhandlungen I. p. 326. Thibaut, im Archiv für civ. Praxis. XVI. p. 396. Arndts, Pandekten. § 301.

[149]) cf. Fitting, in Zeitschrift für Handelsrecht. II. p. 263.

„Ἀναγόραστος γίνεται δοῦλος, ἡνίκα συμφωνήσει ὁ ἀγοραστὴς μετὰ τοῦ πράτου, εἰ ἀπαρέσει αὐτῷ, ἀναγόραστον εἶναι, τουτέστιν, ἀναλύεσθαι τὴν πρᾶσιν καὶ ἀποστρέφεσθαι αὐτόν.“

Der Fall, welcher von den Scholiasten in die Stelle hineingelegt wird, scheint folgender zu sein: Ein Sklave wird cum pacto displicentiae verkauft und einstweilen in das Eigenthum des Käufers übertragen. Darauf erklärt der Verkäufer, von dem pactum displicentiae Gebrauch machen zu wollen; dann stiehlt der Sklave dem Käufer etwas; und dann erst wird er dem Verkäufer restituiert. Für diese Auffassung, wonach post emtionem und μετὰ τὴν ἀγορασίαν nicht heißen soll: post emtionem contractam, sondern post emtionem solutam, scheint mir nicht nur der Gegensatz zu post emtionem: antequam redderetur, πρὶν αὐτὸν ἀναδοῦναί σοι, sondern auch der Umstand zu sprechen, daß, wenn post emtionem heißen sollte: post emtionem contractam, der Satz nicht buchstäblich richtig wäre, weil, wenn der Sklave post emtionem contractam antequam traderetur, dem Käufer etwas gestohlen hätte, einer Noxalklage gegen den Verkäufer doch wohl nichts entgegengestanden haben würde. Doch ist es für die Beweiskraft der Stelle bezüglich der Frage, ob unter einer Resolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung ipso jure zurückfalle, oder nicht, vollständig einerlei, ob man den Fall sich so, wie eben beschrieben, denkt, oder so, daß der Sklave in der Zwischenzeit zwischen dem Abschluß des Kaufs und der nach erfolgter Wiederauflösung des Kaufs geschehenen Rücktradition den Käufer bestohlen habe. Jedenfalls ist in der Stelle ausgesprochen, daß nicht schon durch Eintritt der der Resolution gesetzten Bedingung, sondern erst durch in Folge davon geschehene Rücktradition das Eigenthum wieder an den Verkäufer kommt, denn οὐ δύναμαι ἐγὼ ὁ ἀγοραστὴς κινῆσαι κατὰ σοῦ τὴν νοξαλίαν φούρτι, ἐπειδὴ δεσπότης ὑπῆρχον, ὅτε ἔκλεψε παρ᾽ ἐμοῦ ὁ οἰκέτης.

Weiter sind als adminikulierend noch etwa folgende Stellen zu beachten:

1. Die l. 2. pr. de cond. indeb. 12, 6., welche lautet:

Ulpianus libro XVI. ad Sabinum.

Si quis sic solverit, ut si apparuisset esse indebitum vel Falcidia emerserit, reddatur, repetitio locum habebit: negotium enim contractum est inter eos.[150])

Auf Grund des resolvierenden negotium wird eine condictio gegeben; der Möglichkeit, dem Geber eine dingliche Klage zu verschaffen durch Beifügung einer intensiver, als ein negotium, wirkenden Resolutivbedingung wird nicht gedacht.

2. Die c. 6. de pact. int. emt. 4, 54., welche lautet:

Imppp. Carus, Carinus et Numerianus AAA. Romulo.

Quum tu fundum tuum certae rei contemplatione inter vos habita exiguo pretio in alium transtulisse commemoras, poterit tibi ea res non esse fraudi: quando non impleta promissi fide dominii tui jus in suam causam reverti conveniat. Et ideo aditus competens judex fundum, cujus mentionem facis, restitui tibi cum fructibus suis sine ulla ludificatione sua auctoritate perficiet; praecipue cum et diversa pars receptis nummis suis nullam passa videri possit injuriam.

Die Stelle macht durchaus nicht den Eindruck, als sei zur Rückforderung des fundus eine dingliche Klage möglich.

Gleiches gilt von folgenden Stellen:

3. Der l. 1. de don. 39, 5., welche lautet:

Julianus libro XVII. Digestorum.

Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur. Dat ali-

[150]) cf. Bas. 24, 6, 2 und Scholien dazu. Glossa ad h. l. Rieſſer, in Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß. II. p. 29. Thibaut, im Archiv für civ. Praxis XVI. p. 395. Bangerow, Pandekten. I. § 96.

quis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est. Item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur, qualis est mortis sausa donatio. § 1. Igitur cum dicimus inter sponsum et sponsam donationem valere, propria appellatione utimur et factum demonstramus, quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis, nec unquam ullo facto ad se reverti velit. Cum vero dicimus, si hac mente donat sponsus sponsae, ut nuptiis non secutis res auferatur, posse repeti, non contrarium priori dicimus, sed concedimus inter eas personas fieri donationem eam, quae sub condicione solvatur.[151])

4. Der c. 7. de don. ant. nupt. 5, 3., welche lautet:

Imppp. Carus, Carinus et Numerianus AAA. Lucianae.

Si cum ante nuptias munera darentur, ita conventum est, atque hujusmodi conscripta est pactio, ut si qua sors exstitisset contra voluntatem ejus et matrimonium distraxisset, tunc quae data erant, apud eum, qui dedisset, heredemve ejus remaneret, potest, qui hereditatem ejus accepit, cui pacta puella munera lege supradicta susceperat, eadem jure postulare. PP. Kal. April . . .

Der Scholiaſt Thalelaeus bemerkt zur Erläuterung:

ἐπειδὴ γὰρ ἡ πρὸ γάμου δωρεὰ ἐν τῷ καιρῷ τῶν γάμων ἐπιδίδοται τῷ ἀνδρὶ παρὰ τῆς γυναικὸς πρὸς τῇ προικὶ, διὰ τοῦτο εἶπεν· ἵνα παραμείνῃ παρὰ τῷ ἀνδρί.[152])

[151]) cf. Glossa ad h. l. Fitting, in Zeitſchr. f. H.-R. II. p. 247.

[152]) cf. Schol. zu Bas. 28, 3, 7. Die Gloſſe giebt behufs Rückforderung eine perſönliche Klage.

Nicht uninteressant ist es, hiermit zu vergleichen Vat. fr. 262.

Sponsae res simpliciter donatae non insecutis nuptiis non repetuntur. Sed et si adfinitatis contrahendae causa donationes factae sunt, et nuncium sponsus culpa sua remiserit, aeque non repetuntur. Quod ita intelligi oportet, si revocandi donationes condicio non conjuncto matrimonio comprehendatur, non perficiendi contractus;

— namentlich, wenn die letzten Worte wirklich so, wie angegeben, mit Huschke zu lesen sind, wo dann also eine einer Schenkung beigefügte Resolutivbedingung bezeichnet würde als eine condicio revocandi donationes, und der Inhalt derselben so bezeichnet würde, daß von ihr gesagt würde: non contracto matrimonio comprehenditur.

Endlich will ich noch auf einige von Dotalbestellung redende Stellen aufmerksam machen, die allerdings nicht im Stande sind, einen directen Beweis zu erbringen.

Wenn eine Sache vor der Ehe zu Eigenthum in dotem gegeben wird, so gilt bekanntlich der Satz, daß, wenn nicht das Gegentheil klar erhellt, als Intention der Contrahenten zu betrachten sei, daß die hingegebene Sache sofort Eigenthum des Mannes werde, daß dieser aber verpflichtet sein solle, sie zurückzugeben, wenn die Ehe nicht zu Stande komme. Die Klage, mit der er zur Erfüllung dieser Pflicht angehalten wird, ist eine condictio causa data causa non secuta;[153]) daß die hingegebene Sache dos sein solle, stellt sich gewissermaßen als modus dar. Nun ist es aber dem Besteller der dos vor der Ehe ausdrücklich nachgelassen, das Zustandekommen der Ehe als Suspensivbedingung für den Eigenthumsübergang zu verstellen, und sich so

[153]) cf. l. 7. § 3. l. 8. l. 9. pr. de jur. dot l. 6. l. 7. § 1. l. 8. l. 9. pr. de cond. caus dat. l. 10. de sponsal. l. 17 § 1. de reb auct. jud. — cf. Zimmern, im Archiv f. civ. Praxis. V. 74. 249. Thibaut, eod. XVI. p. 395. Rieſſer, in Zeitschrift f. Civilrecht und Proceß. II. p. 29. Vangerow, Pandekten. I. § 96. — ferner Ihering, in Jahrb. für Dogmatik. X. p. 544. sqq.

für den Fall des Nichtzustandekommens der Ehe eine dingliche Klage zu erhalten. Dafür hat dann aber der zukünftige Ehemann vor dem Zustandekommen der Ehe keine dingliche Klage. Wäre es nun möglich gewesen, das Nichtzustandekommen der Ehe in der Weise als Resolutivbedingung bei der Eigenthumsübertragung zu verstellen, daß bei Eintritt der Bedingung das für die Zwischenzeit wirklich auf den zukünftigen Ehemann übertragene Eigenthum an den Besteller der dos zurückfallen müßte, so wäre dieß eine Lösung gewesen, die sowohl dem zukünftigen Ehemann für die Zwischenzeit, wie dem Besteller der dos, wenn die Ehe nicht zu Stande gekommen wäre, eine dingliche Klage verschafft hätte: eine Lösung, deren Möglichkeit gewiß nicht von den römischen Juristen und beispielsweise namentlich nicht von Ulpian und Callistratus in l. 7. 8. 9. de jur. dot. mit Stillschweigen übergangen worden wäre. Aber diese Lösung war eben unmöglich: Durch Setzung einer Resolutivbedingung konnte weiter nichts erreicht werden, als was auch durch die Zweckbestimmung der Sache als dos bei ihrer Hingabe erreicht werden konnte; daß nämlich, wenn die Bedingung eintrat, gerade so, wie wenn der Zweck nicht erreicht wurde, eine persönliche Klage auf Rückgabe begründet wurde. Darum ward der Fall, wo bei der Dotalbestellung die Rückgabe ausdrücklich unter der Bedingung verabredet wurde, daß die Ehe nicht zu Stande käme, gar nicht besonders besprochen, resp. mit dem anderen, wo die Sache einfach mit der Bestimmung, daß sie dos sein sollte, hingegeben wurde, vollständig amalgamiert.

Beachtung verdient auch noch, obwohl er natürlich in keiner Weise zum Beweis der Wirksamkeit der Resolutivbedingung in irgend welcher Richtung benutzt werden kann, der Umstand, daß in mehreren Stellen, wo geflissentlich Beispiele von mutatio dominii ohne Tradition angeführt werden, Rückfall von unter einer Resolutivbedingung tradiertem Eigenthum nie erwähnt wird. Man vergleiche z. B. l. 47. de furt. von Paulus:

Si dominium rei surreptae quacunque ratione mutatum sit,

domino furti actio competit, veluti heredi et bonorum possessori, et patri adoptivo et legatario.

Oder l. 1. § 5. 6. si is qui test. von Ulpian:

Si servus pure legatus ante aditam hereditatem quid admiserit in hereditate, dicendum est, quia dominium in eo mutatur, huic actioni locum esse. Et generaliter dicimus, quo casu in servo dominium vel mutatur vel amittitur, vel libertas competit post intervallum modicum aditae hereditatis, eo casu hanc actionem indulgendam.

Oder l. 205. de V. S. von Pomponius:

Plerumque fit, ut etiam ea, quae a nobis abire possint, proinde in eo statu sint, atque si non essent ejus condicionis, ut abire possent. Et ideo quod fisco obligamus, et vindicare interdum et alienare et servitutem in praedio imponere possumus.[154])

Oder l. 66. de R. V. von Paulus:

Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si condicio legati vel libertatis exstiterit.[154a])

Drittes Kapitel.

Interpretation der scheinbar widersprechenden Stellen.

Ich wende mich jetzt zur Interpretation derjenigen Stellen, die regelmäßig von den Gegnern der bisher vertheidigten Auffassung der Resolutivbedingung und ihrer Consequenzen angeführt zu werden pfle-

[154]) Zur Interpretation vergleiche man Dernburg, Pfandrecht I. p. 34.

[154a]) Man vergl. außerdem l. 36. de not. act. l. 12. § 2. fam. erc. l. 14. de cond. fuct. l. 1. § 4. de Sc. Silan.

gen. Dieſe ſämmtlichen Stellen reden entweder wirklich oder ſollen doch wenigſtens reden von unter einer Reſolutivbedingung übertragenem Eigenthum, und ſollen beweiſen, daß dieſes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung ipso jure an den alten Eigenthümer zurückfalle, wenigſtens, wenn dieß bei Setzung der Reſolutivbedingung von den Contrahenten intentiert geweſen ſei. Wie dieſer vermeintlich aus den jetzt zu beſprechenden Stellen abzuleitende Satz dann des weiteren begründet wird, das habe ich bereits vorhin dargeſtellt.

I.

Eine der wichtigſten und am meiſten urgierten hierher gehörigen Stellen iſt die vorhin bereits beſprochene l. 29. de m. c. d., zu deren Interpretation ich hier weiter nichts beizufügen habe. Ebenſo habe ich die l. 14. de m. c. d., die ebenfalls bisweilen zum Beweis, daß unter einer Reſolutivbedingung tradiertes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung ipso jure an den alten Eigenthümer zurückfalle, mißbraucht worden iſt, bereits genügend beſprochen.

In gleicher Weiſe, wie die in l. 29. de m. c. d. dem alten Eigenthümer gewährte in rem actio iſt die in c. 1. de don. quae sub modo. 8, 55. und c. 15. de don. ant. nupt. 5, 3. dem Schenker gegebene utilis rei vindicatio oder utilis in rem actio, als Publiciana in rem actio aufzufaſſen, die dem Schenker noch zuſteht, weil die zu ihrer Begründung nothwendigen Thatſachen in ſeiner Perſon noch vorliegen, und die in casu mit Erfolg angeſtellt werden kann, weil der Schenker im Stande iſt, die exceptio justi dominii des Beſchenkten, oder analoge Einreden mit einer dieſen auf ſeine Reſtitutionspflicht verweiſenden replicatio doli zurückzuweiſen.[155])

Die erſte dieſer beiden Stellen lautet:

Impp. Valerianus et Galienus AA. Gamicae.

Si doceas, ut affirmas, nepti tuae ea lege esse donatum a

[155]) cf. meine Abhandlung über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio. p. 82. sqq.

te, at certa tibi alimenta praeberet, vindicationem etiam in hoc casu utilem, eo quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam condictio quidem tibi in hoc casu, id est in personam actio, jure procedit; verum vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt. P. P. VI. Kal. Decemb. Tusco et Basso Conss. (258.)

Die zweite lautet:

Imp. Constantinus A. ad Maximum praefectum urbi.

Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere: ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas jure celebrantur, redigi ad hujusmodi condiciones jubemus: ut sive adfinitatis coëundae causa, sive non ita, vel in potestate patris degentes, vel ullo modo proprii juris constituti, tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi, vel consensu parentum mutuo largiantur: si quidem sponsus, vel parens ejus sortiri filium noluerit uxorem: id, quod ab eo donatum fuerit, nec repetatur traditum: et si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes ejus summotis ambagibus transferatur. Quod si sponsa, vel is, in cujus agit potestate, causam non contrahendi matrimonii praebuerit: tunc sponso ejusque heredibus sine aliqua deminutione per condictionem, aut per utilem in rem actionem redhibeantur. Quae similiter obseruari oportet, et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit, Dat. XVII. Kal. Novemb. PP. VI. Kalend. Septembr. Romae. Constantino A. V. et Licinio Caes. Coss. (319.)

Wie man sich allen Ernstes auf diese Stellen hat berufen können, um beweisen zu wollen, daß unter einer Resolutivbedingung übertragenes Eigenthum existente condicione von selbst an den alten Eigenthümer zurückfalle, ist schwer ersichtlich, da diese beiden Stellen ganz klar nicht von Resolutivbedingung, sondern von modus reden.

II.

Eine andere Stelle ist die l. 13. pr. de pign. act.[156]) Diese Stelle lautet folgendermaßen:

Ulpianus libro XXXVIII. ad Edictum.

Si cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus et est rescriptum, ob hanc conventionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem. Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emtorem agere.

Denselben Fall, wie hier Ulpian, bespricht Marzian in l. 7. pr. § 1. de distr. pign., nur daß da die Klage nicht angegeben wird, mit welcher der Schuldner die Rückgabe der Pfandsache vom Pfandkäufer erzwingen kann. Deshalb ist diese Stelle hier irrelevant.

Daraus, daß in der hier in Frage stehenden Stelle dem Pfandschuldner neben der in factum actio auch eine rei vindicatio gewährt wird, hat man sich zu dem Schluß für berechtigt gehalten, daß durch die Oblation des Preises Seitens des Pfandschuldners innerhalb der verabredeten Frist, als durch Erfüllung einer Resolutivbedingung das Eigenthum der verkauften Pfandsache an den Schuldner zurückgefallen sei. Dieser Schluß könnte nur dann als ein berechtigter anerkannt werden, wenn keine andere Möglichkeit vorläge, die dem Pfandschuldner zugesprochene rei vindicatio zu erklären. Statt einer sind aber zwei solche Möglichkeiten gegeben.

Entweder nämlich kann man darauf Gewicht legen, daß die Verabredung des Wiedereinlösungsrechts zu Gunsten des Verpfänders sowohl als Suspensivbedingung wie als Resolutivbedingung bei dem Verkauf der Pfandsache gedacht werden kann. Der Verkauf kann

[156]) cf. Glossa ad h. l. Bangerow, Pandekten I. § 96. Fitting, in Zeitschrift f. Handelsrecht II. p. 257. 267.

entweder so gelautet haben: ich verkaufe dir die Sache unter der Bedingung, daß der Schuldner sie nicht binnen 30 Tagen einlöst; oder der Verkauf kann so gelautet haben: ich verkaufe dir die Sache; du sollst aber verpflichtet sein, die Sache dem Schuldner zurückzugeben, wenn dieser innerhalb 30 Tagen zu ihrer Einlösung bereit ist. Wäre dann im einzelnen Fall die Verabredung als Suspensivbedingung zu fassen, so könnte der zur Einlösung bereite Schuldner die Sache mit der rei vindicatio zurückverlangen, weil er ja sein Eigenthum noch nicht verloren hätte; wäre dagegen die Verabredung als Resolutivbedingung zu fassen, so hätte der Schuldner sein Eigenthum bereits verloren, und wäre deshalb zur Geltendmachung seines Rückforderungsrechts auf eine in factum actio oder zedierte actio venditi angewiesen.

Aber dieß ist nicht die einzige Möglichkeit, die vindicatio zu erklären, sondern es giebt noch eine andere; und diese andere scheint mir noch mehr Wahrscheinlichkeit für sich zu haben. Der Schuldner ist dadurch, daß der Pfandgläubiger die Pfandsache verkauft hat, wohl um sein Eigenthum gekommen, nicht aber um die thatsächlichen Voraussetzungen seiner Publiciana in rem actio, die ja doch in den bei weitem überwiegend meisten Fällen für ihn begründet ist, wenn er nur einmal im Besitz seiner Sache war. Will er nun also auf Grund der zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandkäufer getroffenen Verabredung seine frühere Sache von dem Pfandkäufer zurückverlangen, so kann er dieß in der Weise bewerkstelligen, daß er die ihm noch zustehende Publiciana in rem actio gegen den Pfandkäufer anstellt, und dessen exceptio doli mit einer replicatio doli zurückschlägt. Dieß kann sehr wohl mit rem vindicare bezeichnet werden.

Mag nun aber die eine oder die andere Interpretation richtig sein, jedenfalls kann man die Stelle nicht benutzen zum Beweis, daß unter einer Resolutivbedingung tradiertes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung ipso jure zurückfalle, eben weil auch nur die Möglichkeit jener anderen Interpretation gegeben ist.

III.

Mehr Schwierigkeiten machen einige Stellen, die von Sklavenverkäufen reden mit der Nebenverabredung, daß der verkaufte Sklave sich an einem bestimmten Ort nicht aufhalten solle, oder daß er exportiert werden solle, oder daß eine Sklavin nicht prostituiert werden solle, und daß widrigenfalls der Verkäufer das Recht haben solle, den Sklaven wieder an sich zu nehmen; weil nämlich diese Verabredung in diesen Stellen mit dinglicher Wirksamkeit ausgestattet wird, so daß sie auch einem dritten Eigenthümer gegenüber geltend gemacht werden kann.[157])

Es gehören hierher folgende Stellen:

1. Aus den Vatikanischen Fragmenten fr. 6.

Mulier servam ea lege vendidit, ut si redisset in eam civitatem, unde placuit exportari, manus injectio esset. Manente vinculo servitutis si redierit, quae vendidit, manum injiciet, et ex jure concesso mancipium abducet. Post manumissionem autem si redierit, in perpetuam servitutem sub eadem lege publice distrahetur. Quae vendidit, si manum injecerit non liberatae, mancipium retinere poterit ac manumittere. Adimi quippe libertatem et publice venditionem fieri placuit propter pericula venditorum, quae vel metuentes ut servis suis offensam ita et duritiam possunt paenitendo remittere.

2. Aus dem Pandektentitel de servis exportandis die l. 9.

Paulus lib. V. Quaestionum.

Titius servum vendidit ea lege, ut, si Romae moratus esset, manus injicere liceret: emptor alii eadem lege vendidit: servus fugit a secundo emptore, et Romae moratur. Quaero, an sit manus injectio, et cui? Respondi: in fugitivo non est dubitandum, nihil contra legem factum videri: quia nec domino auferre se potest, nec, qui in fuga est, ibi moratur.

[157]) cf. Ihering, in Jahrb. für Dogmatik. X. p. 546. sqq.

Quod si ex voluntate secundi emptoris, contra legem moratus sit, potior habendus est, qui auctor fuit legis, et posterior magis admonendi emptoris et liberandi se eandem legem repetierit: nec poterit aliquo modo auferre legem sui venditoris, cujus condicio exstitit: nam et si poenam promisisset, tenetur, licet ipse quoque stipulatus esset. Sed in poena promissa duae actiones sunt: manus autem injectio in servum competit. Quod si prior ita vendidit, ut prostituta libera esset; posterior, ut manus injicere liceret: potior est libertas, quam manus injectio. Plane, si prior lex manus habeat injectionem, posterior libertatem: favorabilius dicetur, liberam fore; quoniam utraque condicio pro mancipio additur, et sicut manus injectio, ita libertas eximit eam injuriam.

Die l. 6. eod. kommt hier nicht in Betracht, weil in diesem Gesetz die Folgen der Verabredung: ut aliquo facto contra quam fuerat exceptum, evincatur aut libera judicetur, nicht angegeben sind.

3. l. 56. de contr. emt.

Paulus libro L. ad Edictum.

Si quis sub hoc pacto vendiderit ancillam, ne prostituatur, et si contra factum esset, uti liceret ei abducere, etsi per plures emtores mancipium cucurrerit, ei qui primo vendidit, abducendi potestas fit.

4. c. 1. si serv. export. ven. 4, 55.

Impp. Severus et Antoninus AA. Petroniae.

Lege venditionis exportata mancipia sub denunciatione manus injiciendae, libertatem ab emptore, vel qui successit in locum ejus, antequam fides rumpatur, accipere possunt. Quae tamen a fisco post manumissionem vindicantur, et in perpetuam servitutem eadem lege veniunt, cum in his civitatibus conversantur, quas contrahentes exceperant. Ante manumissionem vero injiciendae manus facultas non denegatur, atque ideo non petuntur in publicum. PP. XV. Kal. Oct. Severo A. II. et Victorino Conss. (200.)

5. c. 2. eod.

Iidem AA. Nedieno.

Si, ut manus injectionem haberes, cavisti tibi: jure tuo uti potes. Quod si hoc omisisti, et poenam stipulatus es: homo quidem fisco commissus est, tu vero nactus es ex stipulatu actionem. In omnibus tamen quaeritur, an domini voluntate in locum prohibitum venerit. PP. Kal. Nov. Severo A. II. et Victorino Conss. (200.)

6. c. 1. si mancipium ita venierit. 4, 56.

Imp. Alexander A. Socrati.

Praefectus urbi amicus noster, eam quae ita veniit, ut, si prostituta fuisset, abducendi potestas esset ei, cui secundum constitutionem divi Hadriani id competit, abducendi impertiet facultatem. Quod si eum patientiam accommodasse contra legem quam ipse dixerat, ut in turpi quaestu mulier haberetur, animaduerterit: libertate competente secundum interpretationem ejusdem principis, perduci eam ad praetorem, cujus de liberali causa jurisdictio est, ut ibi lis ordinetur, jubebit. Nec enim tenor legis, quam semel comprehendit, intermittitur, quod dominium per plures emptorum personas ad primum, qui prostituit, sine lege simili pervenit. PP. Kal. Nov. Maximo II. et Aeliano Conss. (223.)

7. Allenfalls noch l. 7. qui sine manumiss. 40, 8.

Paulus libro singulari de libertatibus dandis.

Imperator noster cum patre suo constituit in eo, qui cum possit abducere prostitutam ancillam, pecunia accepta manus injectionem vendidit, ut libera esset; nihil enim interesse, ipse abduces et prostituas an patiaris prostitutam esse pretio accepto, cum possis eximere.

Ich ſtehe keinen Augenblick an, dieſe Beſtimmungen für ganz extraordinäre Beſtimmungen zu erklären, die theils im Intereſſe der Menſchlichkeit, theils im Intereſſe der öffentlichen Sicherheit getroffen worden ſind, und aus denen ſich ein Rückſchluß auf andere Kaufgeſchäfte mit anderen Nebenbeſtimmungen in keiner Weiſe rechtfertigt.

Dieß wird schon durch die eigenthümliche Terminologie dieser Stellen, die stets von manum injicere, abducere, evincere, nie von vindicare reden, erwiesen, sowie durch den Umstand, daß da, wo das manum injicere wegen Freilassung unmöglich geworden ist, der Staat ganz willkürlich eingreifen soll, und den Freigelassenen wieder zum Sklaven machen soll. Aehnliche eigenthümliche Bestimmungen finden sich in Betreff des Falls, wo ein Sklave mit der Bestimmung verkauft worden ist, ut manumittatur.

IV.

Am meisten Schwierigkeit scheinen eine Reihe von Stellen zu machen, die von lex commissoria, in diem addictio und pactum displicentiae handeln. In mehreren dieser Stellen scheint mit der größten Entschiedenheit der Satz ausgesprochen zu sein, daß mit Hinzufügung einer Resolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung ipso jure zurückfalle. Aber diese Annahme beruht auf einem Irrthum. Ich habe dieß in Betreff der meisten dieser Stellen bereits in meiner Dissertation de rebus sub resolutiva in diem addictionis vel commissoria lege venditis nachzuweisen versucht. In ähnlicher Weise hat auch Engelmann[158]) eine Anzahl dieser Stellen zu interpretieren versucht. Da der diesen Interpretationen zu Grunde liegende Grundgedanken aber Widerspruch gefunden hat,[159]) so werde ich im folgenden die einzelnen Stellen einer nochmaligen gründlichen Besprechung unterwerfen.

Um diese Stellen ins richtige Licht setzen zu können, muß ich etwas weiter ausholen.

Es ist ein bekannter Satz des römischen Rechts,[160]) daß das

[158]) cf. Engelmann, der Rückfall des Eigenthums im römischen Recht.

[159]) cf. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 65. 66. Windscheid, Pandekten. I. § 90. not. 1., in der vierten Auflage. Man vergleiche auch Siebenhaar, Archiv f. deutsches Wechselrecht u. Handelsrecht. XVIII. p. 334.

[160]) § 41. J. de rer. div. 2, 1. Man vergl. ferner: l. 25. pr. de usufr. l. 5. § 18. de trib act. l. 19. 53. de contr. emt. l. 11. § 2. de act. emt.

Eigenthum von verkauften und tradierten Sachen nicht sofort mit der Tradition auf den Käufer übergeht, sondern erst wenn dieser den Preis gezahlt hat, oder wenn ihm creditiert worden ist. Justinian sagt in den Institutionen, daß bereits in den 12 Tafeln bestimmt gewesen sei, daß das Eigenthum an verkauften Sachen erst nach Zahlung des Preises, oder gleichwerthiger satisfactio auf den Käufer übergehn solle, daß dieß aber keine specifisch römische, sondern eine dem jus naturale angehörige, in der Natur der Sache begründete Bestimmung sei.

Trotz dieser Aeußerung Justinians ist doch vielfach behauptet worden, daß jener Satz in Widerspruch stehe mit dem jus naturale, und eine ganz willkührliche positive Bestimmung des römischen Rechts enthalte; und andererseits besteht unter denjenigen Schriftstellern, die Justinian beistimmen, Meinungsverschiedenheit in Betreff der Begründung jenes Satzes, so daß es durchaus nicht überflüssig erscheint, diese Begründung einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen.[101])

Damit ein abgeschlossenes Kaufgeschäft abgewickelt werden könne, ist es nothwendig, daß einem der Contrahenten die Möglichkeit gewährt werde, ohne Gefahr, oder doch wenigstens mit möglichst geringer Gefahr für sich, durch Vornahme der ihm obliegenden Leistung mit der Abwickelung zu beginnen. Denn ehe einer geleistet hat, kann er auch nicht die Leistung des anderen in Anspruch nehmen, weil ihm die exceptio nondum adimpleti contractus entgegengesetzt werden kann; und wenn niemand ohne große Gefahr für sich mit der ihm obliegenden Leistung den Anfang machen kann, wird es gar häufig vorkommen, daß gerade deswegen ein abgeschlossener Kauf in Wirklichkeit nie vollzogen werden kann. Einen Kauf Zug um Zug in dem

vend. l. 38. § 2. de lib. caus. l. 5. § 1 de jur fisc. nov. 136. c. 3. l. 12. § 5. l. 25. § 1. de usufr. l. 43. § 10. de aed. ed l. 43. § 2. de acq. rer. dom.

[101]) Man vergleiche über diese verschiedenen Meinungen Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. p. 338. sqq. Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts. p. 43. sqq. p. 63. sqq. und die an diesen beiden Stellen citierten Schriftsteller.

Sinn, daß wirklich die beiden Leiſtungen zu gleicher Zeit gemacht würden, giebt es nicht; es wird immer ein Minimum von Zeit zwiſchen den beiden Leiſtungen vergehn, — ein Minimum, das juriſtiſch von der größten Bedeutung ſein kann, indem es z. B. dem Käufer, auf welchen der Verkäufer Eigenthum an der Waare übertragen hat, Zeit genug gewährt, die ſchon bereit gehaltene Zahlung zurückzuziehen, und ihn ſo zum Eigenthümer der Waare und des Preiſes macht, wodurch der Verkäufer auf einen rein obligatoriſchen Anſpruch gegen den Käufer beſchränkt wird. Das Auskunftsmittel, daß beide Parteien ihre Leiſtungen bei einem Dritten deponieren, der ſie dann erſt an die beiden Forderungsberechtigten herausgeben ſoll, wenn beide Leiſtungen vollſtändig eingegangen ſind, iſt ein mehr als unvollkommenes, indem hier Einigung über dieſes Auskunftsmittel und Einigung über die Perſon des Dritten vorausgeſetzt würde, und doch einem mißtrauiſchen Käufer oder Verkäufer wohl kaum genügende Sicherheit geboten ſein würde.

Es iſt hier durchaus nöthig, daß ein anderes beſſeres Auskunftsmittel gefunden werde, wobei das Kaufgeſchäft abgewickelt wird durch directe Leiſtung der beiden Contrahenten aneinander, und wobei nicht nur in Wirklichkeit, ſondern auch den Contrahenten bewußt und von ihnen gewollt, eine Partei vor der anderen leiſtet, aber ſo, daß ihr dadurch noch nicht jegliche Realſicherheit entzogen wird.

Dieſes Ziel kann aber nur dadurch erreicht werden, daß ein Theil durch ſeine Leiſtung einſtweilen nur die faktiſche Herrſchaft über die von ihm zu liefernde Sache auf den anderen Theil überträgt, ſich aber ſein Recht an der Sache noch vorbehält; und daß dabei feſtgeſetzt wird, daß das Recht an der Sache erſt dann übergehen ſolle, wenn der andere ſeinerſeits geleiſtet habe. Nunmehr kann der andere ohne jegliche Gefahr leiſten, und zwar vollſtändig, ſo daß durch ſeine Leiſtung nicht nur die faktiſche, ſondern auch die rechtliche Herrſchaft übergeht. Denn in dem Augenblick, wo er ſich ſeines Rechtes begiebt, iſt er durch die gerade dadurch zu ihrer juriſtiſchen Perfection kommende Gegenleiſtung befriedigt.

Es entsteht nun die Frage: auf welcher Seite ist bei einem Kaufgeschäft eine Zerlegung der juristischen Folgen der Leistung in der angegebenen Weise, wie es für denjenigen, welcher zuerst leistet, zweckmäßig erscheint, möglich? Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein: nur auf Seiten des Verkäufers. Geld ist ein flüchtiges Ding; der Vorbehalt des Eigenthums am Gelde, bis die Waare geliefert sei, würde wegen der leichten Consumtion des Geldes keine Sicherheit gewähren. Dagegen ist ein Vorbehalt des Eigenthums an der Waare bis zur Zahlung des Preises ein kräftiges Sicherungsmittel für den Verkäufer. Also wird der Verkäufer am leichtesten ohne Gefahr mit der Abwickelung des Kaufgeschäfts beginnen können, indem er zwar tradiert, dabei sich aber das Eigenthum an der tradierten Waare vorbehält. Die sämmtlichen in Betreff eines Kaufgeschäfts geltenden Rechtssätze sind sogenannte leges dispositivae: d. h. aus den bei Abschluß und Vollzug eines Kaufgeschäfts von den Contrahenten regelmäßig ins Auge gefaßten Intentionen durch interpretatio bonae fidei abstrahierte Rechtsregeln. Wenn ein Gesetzgeber die Folgen einer auf Grund eines Kaufgeschäfts vorgenommenen nuda traditio, d. h. einer ohne weitere Erläuterung erfolgten Tradition, normieren will, so kann er sich der Betrachtung, daß der Verkäufer durch die Tradition nicht habe ohne jede von der anderen Seite gewährte Sicherheit sein Recht auf den anderen übertragen wollen, nicht verschließen. Er wird vielmehr annehmen müssen, daß der Verkäufer als vorsichtiger Mann sich der ihm durch die Natur der Sache gebotenen Sicherungsmittel habe bedienen wollen, und er wird so dahin gelangen, zu bestimmen, daß durch eine vom Verkäufer vor Empfang des Preises vorgenommene Tradition, wenn der Verkäufer nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimme, nicht schon Eigenthum, sondern erst Besitz auf den Käufer übergehe, und daß dieser Besitz sich erst nach Zahlung des Preises oder dieser gleichwerthiger Satisfaction zu Eigenthum steigere.

Insofern ist es vollständig einem natürlichen Bedürfniß entsprechend, wenn bestimmt wird: der Verkäufer überträgt durch Tra-

dition nicht sofort Eigenthum, sondern erst wenn der Preis gezahlt ist. Justinian hat also vollständig Recht, wenn er sagt, die bezügliche Bestimmung der 12 Tafeln basiert auf dem jus naturale; und als die deutsche Praxis diese Bestimmung mißzuverstehen begann, und namentlich den Begriff des Creditgebens, wodurch jene Bestimmung ausgeschlossen wird, in ungebührlicher Weise ausdehnte, da ward nicht etwa jener Satz der zwölf Tafeln aus dem Leben verbannt, wie dieß der Fall hätte sein müssen, wenn er ein willkürlicher gewesen wäre, sondern das jus naturale wirkte auf indirectem Weg: das Leben reagierte gegen die Anwendung verkehrter Rechtssätze: wo das Gesetz, weil mißverstanden, nicht mehr half, da halfen sich die Contrahenten, die ein Kaufgeschäft abschlossen und vollzogen, selbst, indem sie mit der Tradition ein pactum reservati dominii verbanden. Der Erfolg, der heute zu Tag durch dieses pactum reservati dominii erreicht wird, verstand sich nach römischem Recht ganz von selbst: darum findet sich auch im Corpus juris keine einzige Spur von einem pactum reservati dominii.

Der Zahlung des Preises stellt das römische Recht das Creditgeben gleich. Zu untersuchen, wie sich der Begriff des Creditgebens historisch entwickelt habe, würde hier zu weit führen. Dagegen kann es gar nicht scharf genug betont werden, daß das justinianeische Recht ein Creditgeben nicht schon dann annimmt, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache vorbehaltlos tradiert, sondern erst dann, wenn aus weiteren, die Tradition begleitenden Umständen ersichtlich ist, daß er auf die in dem Eigenthum an der Sache für ihn liegende Sicherheit zu verzichten gewillt ist, und daß er sich begnügen will mit der Sicherheit, die ihm die Person des Käufers zu gewähren im Stande ist.[162]) Wenn man ein Creditgeben bereits dann annimmt, wenn der Verkäufer vorbehaltlos tradiert, macht man die ganze Bestim-

[162]) cf. Voetius, Commentarius in Pandectas Lib. XIX. tit. I. num. 11. Cropp, in Heise und Cropp, juristische Abhandlungen. I. p. 426.

mung der 12 Tafeln und der Inſtitutionen, daß das Eigenthum an gekauften Sachen erſt übergehn ſoll, wenn der Preis gezahlt oder creditiert iſt, vollſtändig illuſoriſch; wenn ein Creditgeben nur dann nicht anzunehmen wäre, wenn es durch eine ausdrückliche Reſervation des Eigenthums ausgeſchloſſen wäre, wäre jene ganze Beſtimmung höchſt überflüſſig.

In Folge der irrthümlichen Auffaſſung, die ſich von dem gebildet hat, was die römiſchen Juriſten unter Creditgeben verſtanden haben, ſind manche Pandektenſtellen mannigfach mißverſtanden worden. Ich will hier zunächſt nur beiſpielsweiſe drei ſolcher Stellen beſprechen. Es ſind dieß die l. 49. mand., die l. 16. § 2. de evict. und die l. 32. § 2. ad Sc. Vellej.

Die l. 49. mand. iſt von Marcellus aus dem ſechſten Buch ſeiner Digeſten und lautet folgendermaßen:[163])

> Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret, suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset: de jure evictionis et de mandatu quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri, sed contra mandati agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditorem testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem.

In dieſer Stelle werden zwei Fälle beſprochen; dieſe beiden Fälle ſind folgende:

[163]) cf. Bas. 24. 1. 49. und Scholion dazu. Glossa ad h. l. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römiſchen Rechts. I. p. 192. sqq. und in Jahrb. f. Dogmatik. II. p. 13. sqq. Ihering, in Jahrb. für Dogmatik. II. p. 149. sqq. Arndts, Pandekten. § 145. not. 2. Bernhöft, der Beſitztitel im römiſchen Recht. p. 81. sqq.

1. Ich habe von einem Nichteigenthümer einen dem Titius gehörigen Sklaven bona fide gekauft und tradiert erhalten. Ich gebe dem Titius, der sein Eigenthum an dem Sklaven nicht kennt, auf, denselben zu verkaufen; Titius vollzieht meinen Auftrag, und tradiert den Sklaven; darauf erfährt er, daß er Eigenthümer dieses Sklaven sei. Es entsteht nun

a) die Frage, ob er gegen denjenigen, dem er den Sklaven verkauft und tradiert habe, mit der rei vindicatio auftreten könne. Diese Frage wird verneint, denn er ist zwar noch Eigenthümer, weil er bei der Tradition nicht die Absicht hatte, sein Eigenthum zu übertragen; — und im Sinne des Marcellus außerdem noch, weil er den Sklaven nur tradiert und nicht manzipiert hat; — aber er ist trotzdem verpflichtet, dem Käufer den Sklaven zu lassen, weil er ihm ex vendito obligiert ist.[164])

b) Die Frage, ob er von mir mit der actio mandati auf Herausgabe des von dem Käufer gezahlten Preises, oder auf Cession seiner actio venditi belangt werden könne. Diese Frage wird ebenfalls verneint; weil er auf Grund des Umstandes, daß er in Ausführung meines Mandates um seine Sache gekommen ist, einen Gegenanspruch gegen mich hat, den er erforderlichen Falls sogar mit einer selbständigen actio mandati contraria gegen mich geltend machen könnte.

2. Der zweite in der Stelle besprochene Fall ist folgender: Ein gewisser Jemand hat den Sklaven des Titius besessen und ihn an den Sejus verkauft; dann ist der Sejus gestorben und vom Titius beerbt worden; und nunmehr hat mich der Titius beauftragt, den Sklaven, von dem er nicht wußte, daß er von alten Zeiten her ihm gehöre, sondern den er für einen ererbten Sklaven hielt, zu verkaufen.

[164]) Hiermit stimmt vollständig überein die l. 35. de acq. rer. dom., und auch soweit man sehen kann, die corrupte l. 5. § 2. fin. de reb. eor. qui sub. tut. sunt. Die l. 10. § 1. de curator. furios. ist von einem Fall zu verstehn, wo ein curator furiosi absichtlich eine ihm gehörige Sache für eine Sache des furiosus ausgiebt, und so verkauft und tradiert.

Ich habe den Sklaven verkauft, und tradiert; und dann hat Titius Kenntniß davon erlangt, daß der Sklave sein altes Eigenthum sei. Es entsteht nun

a. die Frage, ob er auf Grund dieses seines alten Eigenthums den Sklaven vindizieren könne. Diese Frage wird folgendermaßen beantwortet: si rem vindicare velit, exceptione doli summovetur. Man sollte nach justinianeischem Recht erwarten, die rei vindicatio würde dem Titius ganz abgesprochen, da er den Sklaven von mir in der Absicht hat verkaufen und tradieren lassen, daß sein Eigenthum dadurch auf den Käufer übergehe, und dabei auf den Umstand, daß er sich dabei über die causa seines Eigenthums im Irrthum befunden hat, doch unmöglich in Betracht kommen kann.[165]) Nach antejustinianeischem Recht erklärt sich der Umstand, daß die rei vindicatio dem Titius nicht abgesprochen, sondern nur für durch exceptio doli entkräftbar erklärt wird, einfach daraus, daß der Sklave dem Käufer nur tradiert, und nicht manzipiert oder injurecediert war; aber im justinianeischen Recht ist diese Erklärung nicht mehr möglich. Wenn man nicht annehmen will, daß die Compilatoren die l. 49. cit. nicht in genügend veränderter Gestalt aufgenommen hätten, und wenn man nicht in die Stelle einen Fall als besprochen hineininterpretieren will, der nicht nur durch die Worte nicht angedeutet wird, sondern dessen Annahme die Worte sogar widersprechen, bleibt nichts übrig, als daß man annimmt, die Compilatoren hätten die rei vindicatio deswegen noch als dem Titius zuständig erachtet, weil in der Stelle weder erzählt wird, daß der Käufer den Preis bereits gezahlt gehabt hätte, noch daß dieser ihm creditiert sei, und daß in Folge dessen der Titius noch Eigenthümer des Sklaven sei. Er soll aber sein Eigenthum nicht mehr geltend machen dürfen, nach Maßgabe des in der c. 1. de act. emt. vend. ausgesprochenen Grundsatzes: Adversus eum, cui agrum vendidisti, judicio venditi consiste. Neque enim tibi in

[165]) Hiergegen spricht nicht die l. 15. de contr. emt., denn in dieser Stelle will der Auftraggeber fremdes, nicht eigenes Eigenthum tradieren lassen.

rem actio cum emtore, qui personaliter tibi sit obligatus, competit. Nur wenn es nicht mehr möglich ist, von dem Käufer Zahlung des Preises zu erlangen, kann die der rei vindicatio auf Grund des Kaufgeschäfts entgegenstehende exceptio mit einer replicatio entkräftet werden.[166])

b. Eine zweite entstehende Frage ist die, ob der Titius eine Evictionsklage habe gegen denjenigen, der den Sklaven an seinen Erblasser verkauft habe. Diese Frage wird bejaht, was aber hier nicht weiter interessiert.

Die zweite hier zu besprechende Stelle ist die l. 16. § 2. de evict. von Pomponius, die folgendermaßen lautet:

> Si servus, cujus nomine duplam stipulati sumus, evictus fuerit a nobis, ob id quod fugitivus vel sanus non fuerit, an agere nihilominus possimus, quaeritur. Proculus videndum ait, ne hoc quoque intersit, utrum tum evictus sit, cum meus factus non esset, an tum cum meus factus esset; in eo enim casu, quo meus factus est, statim mea interest, quanto ob id deterior est, et quam actionem semel ex stipulatu habere coepi, eam nec evictione, nec morte, nec manumissione, nec fuga servi, nec ulla simili causa amitti; at si in bonis meis factus non sit, nihil ob ea, quod fugitivus sit, pauperior sim, utpote cum in bonis meis non sit. Quod si sanum esse, erronem non esse stipulatus essem, tantum mea interesse, quantum ad praesentem usum pertineret, tametsi in obscuro esset, utpote ignorantibus nobis, quamdiu eum habiturus essem, et an futurum esset, ut eum quisquam aut a me aut ab eo cui vendidissem, cuive similiter promisissem, evinceret. Summam autem opinionis suae hanc esse, ut tantum ex ea stipulatione consequar, quanti mea intersit, aut post stipulationem interfuerit, eum servum fugitivum non esse.

[166]) cf. weiter unten.

Der Fall, welcher in dieſer Stelle beſprochen wird, iſt folgender: Ein Sklave, wegen deſſen etwaiger Eigenſchaften als fugitivus oder non sanus, oder erro ein Käufer ſich hat duplam ſtipulieren laſſen, wird vindiziert. Es entſteht nun die Frage, ob, wenn ſich herausſtelle, daß der Sklave fugitivus, oder non sanus, oder erro ſei, trotz der Eviction die duplae stipulatio verfallen ſei. Pomponius referiert zur Beantwortung dieſer Frage einen Ausſpruch des Proculus, wonach zu unterſcheiden ſei, ob der Sklave damals, als er evinziert worden ſei, bereits meus factus esset, oder meus factus non esset; im erſteren Fall ſei trotz der Eviction die duplae stipulatio verfallen; im letzteren Fall ſei ſie wenigſtens regelmäßig nicht verfallen.

Es iſt in neuerer Zeit die Vermuthung aufgeſtellt worden,[167]) daß Proculus zwiſchen dem Fall, wo der Sklave dem Käufer nur manzipiert worden ſei, und dem Fall, wo er nur oder auch tradiert worden ſei, habe unterſcheiden wollen, und habe ſagen wollen, die duplae stipulatio ſei nicht verfallen, wenn der Sklave nur manzipiert geweſen ſei, anderen Falls ſei ſie verfallen. Dann hätte ſich aber jedenfalls entweder Proculus ſo undeutlich, wie nur möglich, ausgedrückt, oder die Compilatoren hätten die Stelle ſehr bedeutend verändert. Und wenn man dann fragt, zu welchem Zweck denn die Compilatoren die Stelle verändert und aufgenommen hätten, ſo erhält man die Antwort: aus Unüberlegtheit. Im juſtinianeiſchen Recht habe die Stelle gar keinen Sinn. Wenn es irgend eine Interpretation giebt, wodurch dieſes Reſultat vermieden wird, ſo verdient dieſe Interpretation ſchon blos deswegen den Vorzug.

Mir ſcheint die Stelle ſich ganz einfach auf folgende Art erklären zu laſſen:

Proculus ſagt, man müſſe unterſcheiden, ob der Sklave zu einer Zeit evinziert worden ſei, wo er bereits Eigenthum des Käu-

[167]) cf. Scheffer, De interpretatione legis 16. § 2. D. de evictionibus disceptatur. Diss. Marburgi 1869., woſelbſt auch ältere Interpretationsverſuche referiert werden.

fers geworden zu sein schien, oder zu einer Zeit, wo dieß noch nicht der Fall war. Und zwar scheint Proculus nur von bonitarischem Eigenthum geredet zu haben. Die Grenze aber zwischen der Zeit, wo der Käufer noch nicht glauben mußte, Eigenthümer geworden zu sein, und der Zeit, wo er glauben mußte, Eigenthümer geworden zu sein, ist der Augenblick, wo er den Preis gezahlt hat, oder wo ihm derselbe creditiert worden ist. Denn auch für den Erwerb des bonitarischen Eigenthums ist Preiszahlung oder Creditierung nöthig, wie dieß aufs klarste erhellt aus l. 38. § 2. de lib. caus. von Paulus. Die bezüglichen Worte lauten:

> servum, quem venditor emtori tradidit, si ei pro pretio satisfactum est, et nondum pretio soluto, in bonis emtoris esse coepisse.

Dieß soll natürlich nicht heißen, daß die Publiciana in rem actio und die exceptio rei venditae et traditae dem Käufer nicht bereits vor Zahlung des Preises zugestanden hätten; denn daß dieß nicht richtig wäre, erhellt aus l. 8. de Publ. in rem act. und l. 1. § 2. de exc. rei vend. et trad..

Aber die Publiciana in rem actio und die exceptio rei venditae et traditae führten dem Verkäufer gegenüber denjenigen, der den Preis noch nicht gezahlt hatte, und dem nicht creditiert war, nicht stets zum Sieg, selbst wenn keine weiteren Thatsachen eingetreten waren, die sein Recht zu beenden im Stande gewesen wären, weil ihm gerade und ausschließlich mit Rücksicht auf den Umstand, daß er den Preis noch nicht gezahlt habe und ihm nicht creditiert sei, eine exceptio, resp. replicatio doli gegen jene seine Rechtsmittel entgegengesetzt werden konnte. Man vergleiche z. B. l. 1. § 5. de exc. rei vend. et trad. und l. 5. § 18. de trib. act. Und ebenso hat er auch noch nicht die sonstigen Vorzüge eines bonitarischen Eigenthümers, daß er die potestas über einen gekauften Sklaven habe, oder alles erwerbe, was dieser erwirbt, oder daß er ihn durch Manumission zum Latinus Junianus machen könnte.

Der Ausspruch des Proculus, daß man unterscheiden müsse, ob der gekaufte Sklave meus factus non esset, oder ob er meus factus

esset, kann man alſo dahin paraphraſieren, daß man unterſcheiden müſſe, ob der Käufer den Preis bereits gezahlt habe, oder ihm doch wenigſtens creditiert worden ſei, oder ob dieß nicht der Fall geweſen ſei. Im letzten Fall, ſagt Proculus, ſei die Stipulation nicht verfallen, weil ich nihil ob ea, quod fugitivus sit, pauperior sim, utpote cum in bonis meis non sit. Als der Sklave evinziert wurde, hatte der Käufer noch keinerlei Recht an ihm, reſp. glaubte noch keinerlei Recht an ihm zu haben; er hatte noch keinen Sklaven, alſo auch noch keinen ſchlechten oder fehlerhaften Sklaven, alſo konnte damals die duplae stipulatio unmöglich ſchon verfallen ſein. Zudem würde damals der Käufer, wenn er aus der duplae stipulatio geklagt hätte, mit Rückſicht darauf, daß er den Preis noch nicht gezahlt hätte, vermittelſt einer exceptio doli zurückgeſchlagen worden ſein. In Folge der Eviction hat ſich die Verpflichtung des Verkäufers, das habere licere ſelbſt zu präſtieren, in eine Verpflichtung, den Werth des habere licere zu präſtieren, verwandelt, und in Bezug auf dieſe Verpflichtung kann die duplae stipulatio nicht mehr verfallen. War dagegen der Käufer bereits vor der Eviction bonitariſcher Eigenthümer, reſp. im juſtinianeiſchen Recht ſchlechtweg Eigenthümer des Sklaven geworden, oder hatte er vielmehr nur alles gethan, um es zu werden, ſo lag die Sache anders: in eo enim casu, quo meus factus est, statim mea interest, quanto ob id deterior est, et quam actionem semel ex stipulatu habere coepi, eam nec evictione, nec morte, nec manumissione, nec fuga servi, nec ulla simili causa amitti.

Die dritte hier zu beſprechende Stelle, die l. 32. § 2. ad Sc. Vellej. iſt von Pomponius und lautet folgendermaßen:[168])

Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea condicione, ut emtor acceptam pecuniam viro referret, et

[168]) Zur Interpretation dieſer Stelle vergleiche man Vangerow, Pandekten. III. § 577. Anm. I. 1. Arndts, Pandekten. § 360. Anm. 2. Sintenis, in Zeitſchrift f Civilrecht und Proceß. X. p. 51. Windſcheid, im Archiv f. civ. Praxis. XXXII p 291. und die an dieſen Stellen citierten Schriftſteller. Ferner Erner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. p. 333.

hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicabitur a muliere: aut si ea venditio contra senatusconsultum facta sit. Et hoc procedit, sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua. Idem est, et si non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit.

Dieſe Stelle macht Schwierigkeit, einmal in ihrem Verhältniß zu l. 5. eod., wo es heißt:

. . . nam etsi vendiderit rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit, sive emtorem delegavit creditori alieno, non puto senatusconsulto locum esse;

und zu anderen Stellen, worin ausgeſprochen iſt, daß eine datio in solutum ſeitens einer Frau vollſtändig gültig iſt; und dann in Betreff der Frage, warum der Frau eine rei vindicatio zur Wiedererlangung des interceſſionshalber verkauften Grundſtücks gewährt wird und dieſelbe nicht vielmehr lediglich auf eine condictio beſchränkt wird. Dieſe Schwierigkeiten löſen ſich auf folgende Weiſe:

Das Verhältniß der l. 32. cit. zu der l. 5. cit. iſt folgendes:

Zahlung einer fremden Schuld ſeitens einer Frau fällt nicht unter das Sc. Vellejanum; woher die Frau das Geld zur Zahlung nimmt, iſt vollſtändig einerlei. Wenn ſie alſo eine ihr gehörige Sache verkauft und mit dem empfangenen Geld eine fremde Schuld tilgt, ſo findet hierauf das Sc. Vellejanum keine Anwendung. Daſſelbe gilt, wenn ſie eine ihr gehörige Sache verkauft und ſtatt das Geld ſelbſt in Empfang zu nehmen und es dann an einen fremden Gläubiger zu zahlen, den Käufer anweiſt, es ſeinerſeits an einen fremden Gläubiger zu zahlen, oder ihn mit einem fremden Gläubiger eine Expromiſſion vornehmen läßt. Zahlung und Expromiſſion an den fremden Gläubiger bewirken in gleicher Weiſe ſofortige Befriedigung deſſelben und Befreiung ſeines Schuldners, und das Sc. Vellejanum und deſſen Interpretation wollen nicht den fremde Schulden zahlenden Frauen Hülfe gewähren zur Wiedererlangung des von ihnen gezahlten, ſon-

dern sie wollen nur den Frauen, die fremde Schulden in der Hoffnung übernehmen, sie würden doch nicht zahlen müssen, sondern der ursprüngliche Schuldner würde noch vor ihnen zahlen, unter die Arme greifen. Dieß ist der Inhalt der l. 5. cit.

Ganz anders geartet ist der in der l. 32. cit. behandelte Fall, und deswegen fällt auch hier die Entscheidung ganz anders aus. Hier verkauft die Frau eine ihr gehörige Sache an einen fremden Gläubiger; Zahlung des Preises erfolgt nicht sofort; sondern es wird ausgemacht, daß die Zahlung in der Weise geschehen solle, daß der Käufer mit seinem Schuldner eine Acceptilation vornehme. Hierdurch ist die Obligation zwischen dem Gläubiger und Schuldner noch gar nicht alteriert, wie in den Fällen der l. 5. cit. durch Zahlung oder Novation; der Gläubiger soll erst noch durch Acceptilation die ihm zustehende Forderung vernichten. Zur Acceptilation ist aber Mitwirkung des Schuldners nöthig; und es ist möglich, daß dieser seine Mitwirkung verweigert, und daß so die Zahlung des Preises in der verabredeten Gestalt gar nicht möglich ist und deshalb in anderer Weise erfolgen muß, wodurch die Frau materielle Befriedigung erlangt. Man denke nur, die Frau habe das Kaufgeschäft und die Verabredung über die Zahlung des Kaufpreises nur abgeschlossen, um dadurch den Gläubiger hinzuhalten und dem Schuldner Zeit zu gewähren, sich das für die Befriedigung des Gläubigers nothwendige Geld zu verschaffen. Andererseits ist auch der Gläubiger, der die Sache der Frau gekauft hat, seinem Schuldner gegenüber durchaus nicht verpflichtet, die Acceptilation vorzunehmen, indem dieser aus dem zwischen seinem Gläubiger und der Frau abgeschlossenen Vertrag keinerlei Rechte ableiten kann. Der Gläubiger kann also trotz den mit der Frau abgeschlossenen Verabredungen doch noch klagend gegen seinen Schuldner auftreten, von diesem Befriedigung erlangen und dann der Frau den Kaufpreis in anderer als der verabredeten Weise, wodurch diese materielle Befriedigung erlangt, auszahlen.

Durch die mit dem Gläubiger getroffenen Verabredungen hat

also die Frau ihr Vermögen noch nicht definitiv behufs Befriedigung des Gläubigers vermindert; es liegt keine Zahlung oder datio in solutum seitens der Frau vor, sondern eine cumulative Intercession im Sinn der Interpretation des Sc. Vellejanum, und ist deshalb das Sc. Vellejanum auf den vorliegenden Fall anzuwenden.

Was die weitere Frage anbelangt, warum die Frau, wenn sie contra Sc. Vellejanum intercedierend verkauft hat und das Kaufobject tradiert hat, kein Eigenthum an demselben auf den Käufer übertragen hat, sondern doch noch eine rei vindicatio gegen denselben haben soll, so könnte man geneigt sein, diese Frage für das klassische Recht durch Verweisung darauf beantworten zu wollen, daß das verkaufte Object ein fundus sei und dieser fundus nur tradiert, nicht manzipiert worden sei. Aber diese Antwort würde zur Erklärung der l. 32. cit. als Theiles der Pandekten nicht genügen. Ebenso ist es unmöglich, die l. 32. cit. als Theil der Pandekten durch Verweisung auf die Bestimmung Justinians zu erklären, daß Intercessionen von Ehefrauen für ihre Ehemänner vollständig nichtig sein sollen. Denn dem widerspricht nicht nur der Schlußsatz der citierten Stelle, worin ausdrücklich gesagt wird, daß dasselbe Rechtens sei, wenn eine Frau nicht für ihren Ehemann, sondern für einen anderen intercediere, sondern auch die Fassung der den Hauptfall selbst entscheidenden Worte. In diesen wird nämlich die rei vindicatio nur deswegen für wirksam erklärt, weil die ihr entgegenstehende exceptio rei venditae et traditae durch eine replicatio entkräftet werden könne. Wäre die Intercession selbst nichtig, so müßte die exceptio rei venditae et traditae für von vornherein unzulässig erklärt werden.

Aber auch deswegen kann der Eigenthumsübergang an den Käufer nicht geläugnet sein, weil eine durch das Sc. Vellejanum entkräftete Obligation als obligatio inanis, nicht als justa causa traditionis anzusehen wäre. Eine obligatio inanis ist nicht nichtig, sondern sie kann nur dem Schuldner gegenüber wider dessen Willen nicht geltend gemacht werden. Ein Erbe, der ex Sc. Trebelliano restituiert hat,

und dann Erbschaftsschulden bezahlt, überträgt gewiß Eigenthum, und ebenso ein Schuldner, der eine ihm zur Seite stehende exceptio pacti de non petendo ignorierend zahlt. Eine Frau, die contra Sc. Vellejanum intercediert hat und das beneficium Sc. Vellejani kennend doch zahlt, überträgt Eigenthum.[169]) Warum soll sie, wenn sie das beneficium Sc. Vellejani nicht kannte, kein Eigenthum übertragen? Ihre Unkenntniß kann für sie eine condictio indebiti begründen, wie sie aber den Eigenthumsübergang hindern sollte, ist durchaus unersichtlich. Die l. 40. de cond. indeb. und die c. 9. ad Sc. Vellej. machen durchaus nicht den Eindruck, als sollte durch sie der Frau eine rei vindicatio und nicht vielmehr ausschließlich eine condictio indebiti gewährt werden.

Aus c. 23. ad Sc. Vellej. kann das Gegentheil nicht geschlossen werden, weil diese Stelle ausschließlich von Intercession der Ehefrauen redet; ebensowenig aus den Stellen,[170]) welche aussprechen, daß ein Pfandgläubiger, wenn er eine von einer Frau intercessionshalber verpfändete Sache verkauft und tradiert, kein Eigenthum übertrage; denn wenn ein Pfandgläubiger ein Pfandobject verkauft, macht er damit einen Anspruch gegen seinen Schuldner geltend, der Geltendmachung eines derartigen Anspruchs gegen eine intercedierende Frau steht aber das Sc. Vellejanum entgegen. In gleicher Weise überträgt auch ein Pfandgläubiger, der trotz einem pactum de non petendo das Pfandobject verkauft und tradiert, kein Eigenthum auf den Käufer,[171]) während, wenn der durch ein pactum de non petendo geschützte Schuldner zahlt, er zweifellos Eigenthum auf den Gläubiger überträgt. Vollends unbeweisend sind diejenigen Stellen,[172])

[169]) cf. l. 40 de cond. indeb. c. 9. ad Sc. Vellej.

[170]) cf. l. 39. § 1. l. 40. de R. V. c. 7. ad Sc. Vellej. c. 11. de distr. pignor.

[171]) cf. l. 5. quib mod pign.

[172]) cf. l. 14. de reb. cred. l. 26. § 9. de cond. indeb. Ernet cit. p. 333.

die aussprechen, daß ein filius familias, wenn er eine contra Sc. Macedonianum eingegangene Schuld zahle, kein Eigenthum übertrage. Grund für diese Entscheidung ist nicht, daß die justa causa traditionis durch das Sc. Macedonianum entkräftet ist, sondern vielmehr, daß die Zahlung einer durch exceptio entkräfteten Obligation sich als Schenkung darstellt, zu deren Vornahme ein filius familias nicht legitimiert ist. Ist er pater familias geworden und zahlt er dann, so überträgt er durch die Zahlung Eigenthum auf den Gläubiger, obwohl diesem, wenn er klagen würde, immer noch die exceptio Sc. Macedoniani entgegenstehen würde.

Daß in der fraglichen l. 32. der Frau eine rei vindicatio gewährt wird, erklärt sich daraus, daß das intercessionshalber vorgenommene Geschäft, auf Grund dessen tradiert worden ist, ein Kaufgeschäft ist, und Eigenthum an einer auf Grund eines Kaufgeschäfts tradierten Sache erst mit Zahlung des Preises, also in casu mit der seitens des kaufenden Gläubigers mit seinem Schuldner vorzunehmenden Acceptilation übergeht. An eine Creditierung des Preises ist im vorliegenden Fall nicht zu denken; so daß auch im antejustinianeischen Recht der durch die exceptio rei venditae et traditae geschützte Käufer nicht als bonitarischer Eigenthümer, sondern lediglich als juristischer Besitzer zu denken ist, mithin die Stelle im Sinne des Pomponius gerade so zu erklären ist, wie im Sinne der Compilatoren.

Der Käufer, dem die Waare vor Zahlung oder Creditierung des Preises tradiert worden ist, wird dadurch, wenn nicht ausdrücklich ein minderes verabredet worden ist, juristischer Besitzer.[173]) Als solcher ist er durch die Besitzinterdicte geschützt; außerdem wird ihm aber auch die Publiciana in rem actio und die exceptio rei venditae et traditae gewährt.

[173]) cf. Strempel, Ueber die justa causa bei der Tradition. p. 82. sqq. Erner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. p. 354. sqq.

Daß ihm die Publiciana in rem actio zustehe, wird ausdrücklich ausgesprochen in der l. 8. de Publ. in rem act. von Gajus, wo es heißt:

> De pretio vero soluto nihil exprimitur, unde potest conjectura capi, quasi nec sententia praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium.

Man hat die Beweiskraft des gajanischen Ausspruchs abschwächen wollen durch Verweisung auf die vorsichtige Ausdrucksweise des Gajus.[174]) Allein der Ausspruch des Gaius findet seine vollständigste Bestätigung einmal in der l. 7. § 16. de Publ. in rem act., wo Ulpian die positiven Voraussetzungen der Publiciana in rem actio folgendermaßen angiebt:

> Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit, et ei res emta eo nomine sit tradita;

und dann noch in anderen Stellen, die ich aber hier, ohne meiner weiteren Darstellung vorzugreifen, noch nicht besprechen kann.

Daß ihm die exceptio rei venditae et traditae zusteht, geht auf das bestimmteste hervor aus l. 1. § 2. und 5. de exc. rei vend. et trad. von Ulpian.

Die l. 1. § 2. cit. lautet:

> Si quis rem meam mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit haec exceptio, nisi probetur, me mandasse, ne traderetur, antequam pretium solvatur.[175])

Der § 5. lautet:

> Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem, nisi forte venditor justam causam habeat, cur

[174]) cf. auch Nissen, die kaufrechtliche Tradition. p. 15. Dagegen Baron an dem in Anm. 176. citierten Ort.

[175]) cf. Erner cit. p. 357.

rem vindicet: nam et si tradiderit possessionem, fuerit autem justa causa vindicandi, replicatione adversus exceptionem utetur.

Ferner kommen hier die von mir vorhin beſprochenen l. 49. mand. und l. 32. § 2. ad Sc. Vellej. in Betracht, inſofern die vorhin aufgeſtellten Interpretationen richtig ſind; ferner die Anfangsworte der l. 17. de evict. von Ulpian, welche folgendermaßen lautet:

Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse summoveri, nemini dubium est, quamvis alio jure dominium quaesierit; improbe enim rem a se distractum evincere conatur. Eligere autem emtor potest, utrum rem velit retinere intentione per exceptionem elisa, an potius re ablata ex causa stipulationis duplum consequi.

Endlich ſind noch zu berückſichtigen die c. 1. de act. emt. vend.:

Imp. Antoninus A. Aelianae.

Adversus eum, cui agrum vendidisti, judicio venditi consiste. Neque enim tibi in rem actio cum emtore, qui personaliter tibi sit obligatus, competit. P. P. IV. Id. Jun. Laeto iterum et Cereale Conss. (215.)

und die l. 20. de precario von Ulpian:

Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emtorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emtorem stetit, quominus persolveretur, venditorem posse consequi.

Auf den Gedanken, die verkaufte Sache vindizieren zu wollen, konnte der Verkäufer nur kommen, wenn er noch Eigenthümer derſelben war; der in c. 1. cit. behandelte Fall iſt alſo wohl der, daß ein Verkäufer, der vor Zahlung des Preiſes und ohne creditiert zu haben, die Waare tradiert hatte, dieſelbe Mangels Zahlung vindizieren wollte. Der Kaiſer Antoninus reſcribiert: dieß ſei nicht zuläſſig, ſondern er ſolle mit der actio venditi den Preis einklagen. Und wenn Ulpian in l. 20. cit. dem Verkäufer ausdrücklich verſtattet, die bis zur vollen Auszahlung des Preiſes nur precario tra-

dierte Waare zurückzuverlangen, so ist dazu als Gegensatz zu denken, daß er sie, wenn er nicht nur precario tradiert hat, nicht zurückverlangen könne.

Daß der Verkäufer, der tradiert hat, noch Eigenthümer ist, und also noch eine rei vindicatio hat, daß der Käufer aber eine exceptio rei venditae et traditae hat, führt, was die Verhältnisse der beiden Contrahenten unter einander anbelangt, zu dem Resultat, daß der Verkäufer zwar regelmäßig dem Käufer die einmal tradierte Sache nicht wieder abnehmen kann, daß ihm dieß aber wohl verstattet ist, wenn er sonst Gefahr läuft, die Sache und den Preis zu verlieren, indem er solchen Falls im Stande ist, der exceptio rei venditae et traditae des Käufers eine replicatio doli entgegen zu setzen. Dieß wird ausdrücklich bestätigt in der citierten l. 1. § 5. de exc. rei vend. et trad. und in l. 5. § 18. de tribut. von Ulpian, welche folgendermaßen lautet:

> Sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, videndum ne iniquum sit, in tributum me vocari. Et si quidem in creditum ei abii, tributio locum habebit: enim vero si non abii, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto vel fidejussore dato, vel alias satisfacto, dicendum erit, vindicare me posse.

Im Gegensatz zu der dargestellten Auffassung ist wohl schon die Behauptung aufgestellt worden, daß der vor Zahlung oder Creditierung des Preises tradierende Verkäufer, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes verabredet worden sei, nur precaria possessio auf den Käufer übertrage, und hat in neuerer Zeit namentlich Nissen diese Behauptung des eingehenderen durch folgende Erwägungen zu begründen versucht:[176])

[176]) cf. Nissen, Die kaufrechtliche Tradition. Dagegen Erner, in krit. Vierteljahrschrift. XI. p. 309. Siebenhaar, Archiv f. deutsches Wechselrecht und Handelsrecht. XVIII. p. 220. Baron, in Zeitschrift f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen. III. p. 381.

1. Wenn dem Käufer vor Zahlung oder Creditierung des Kaufpreises die ihm tradierte Sache evinziert werde, könne er nicht wegen Eviction klagen nach Maßgabe von l. 11. § 2. de act. emt. vend. und l. 13. § 9. eod.

Dieser Satz erklärt sich einfach daraus, daß, wenn der Käufer auf Evictionsleistung klagen würde, ihm eine exceptio nondum adimpleti contractus entgegengesetzt werden würde.

2. Daß, wenn das Kaufobject ante pretium solutum tradiert sei, jede Einwirkung des Käufers auf die in seinen Händen befindliche Sache zu Ungunsten des Verkäufers, ein furtum sei. Dieß soll aus der l. 14. § 1. de furtis erhellen. Mir scheint, ganz abgesehen davon, daß Ulpian von dem die Stelle herrührt, ausdrücklich von der Zeit ante traditionem redet, was Nissen versteht von der kaufrechtlichen Tradition, in dieser Stelle geradezu das Gegentheil zu stehn, denn es heißt, der Käufer begehe ein furtum, wenn er, antequam pretium solverit, rem subtraxerit, cujus custodiam venditorem praestare oportebat. Kann man sagen, daß der Verkäufer dem Käufer die custodia der diesem precario überlassenen Sache prästieren müsse?

3. Daß durch die Tradition, ehe der Preis gezahlt oder creditiert sei, der Verkäufer in anderweiter Disposition über das Kaufobject nicht beschränkt sei. Dieser Satz müßte, ehe er als Beweismittel in Betracht kommen könnte, jedenfalls erst besser begründet werden, als dieß von Nissen durch Bezugnahme auf die beiden viel besprochenen Stellen, die l. 31. § 2. de act. emt. vend. und die l. 9. § 4. de Publ., geschehen ist.

4. Durch l. 2. de exc. rei vend. et trad. l. 72. de R. V. und c. 15. de R. V. Denselben Inhalt, wie l. 2. und l. 72. cit. hat die l. 4. § 32. de dol. mal. exc.

In allen diesen Stellen ist der Umstand, daß pretium solutum sei, nicht erwähnt, damit die exceptio rei venditae et traditae oder die Publiciana in rem actio als begründet erscheine, sondern lediglich

um den vorbehaltloſen Ausſpruch zu rechtfertigen, daß der Käufer mit dieſen Rechtsmitteln ſtets ſiegen werde.

Andernfalls müßte eine Antinomie zwiſchen den drei citierten Pandektenſtellen und l. 1. § 2. und 5. de exc. rei vend. et trad. und zwiſchen l. 4. § 32. de dol. mal. exc. und der c. 15. de R. V. einerſeits und l. 8. de Publ. andererſeits ſtatuiert werden.

5. Daß der Uſufructuar eines Sclaven, welcher eine Sache gekauft und tradiert erhalten habe, wenn er erſt nach Beendigung des Uſusfructes den Preis zahle, keinerlei Recht aus dem Kaufgeſchäft erwerbe.

Dieſer Satz iſt richtig, beweiſt aber gar nichts, weil er nicht nur gilt, wenn dem Sclaven nicht creditiert worden iſt, ſondern auch, wenn ihm creditiert worden iſt.

Daß als regelmäßige Folge der Tradition auf Grund eines Kaufgeſchäfts vor Zahlung oder Creditierung des Preiſes, nicht precaria possessio anzunehmen iſt, ſondern daß die römiſchen Juriſten die Uebertragung von precaria possessio als eine Ausnahme betrachteten, ſcheint mir auf das evidenteſte aus dem Wortlaut folgender Stellen hervorzugehen:

1) der l. 20. de prec.

Ea quae distracta sunt, ut precario penes emtorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emtorem stetit, quominus persolveretur, venditorem posse consequi.

2) der l. 13. § 21. de act. emt. vend.

Possessionem autem traditam accipere debemus, etsi precaria sit possessio; hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi.

3) der c. 3. de pact. int. emt. et vend.

Qui ea lege praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

Ich wende mich nunmehr zur Besprechung der einzelnen von lex commissoria, in diem addictio und pactum displicentiae redenden Stellen.

1. Die von lex commissoria redenden Stellen.

Die lex commissoria ist eine mit einem Kaufgeschäft in continenti verbundene Nebenberedung, wonach dem Verkäufer das Recht zustehn soll, wenn ihm der Kaufpreis nicht innerhalb einer bestimmten Frist gezahlt werde, vom Kaufgeschäft zurückzutreten.[177]) Durch diese lex commissoria wird dem Kaufgeschäft entweder eine Suspensivbedingung oder eine Resolutivbedingung gesetzt. Der Sinn der Verabredung ist nämlich entweder der, daß das Kaufgeschäft erst dadurch zur Perfection kommen solle, daß der Käufer den Preis innerhalb einer bestimmten Frist zahle, oder er ist der, daß das Kaufgeschäft zwar sofort perfect sein solle, daß es aber rückgängig werden solle, falls der Käufer den Preis binnen einer bestimmten Frist nicht zahlen werde.

In einem einzelnen Fall kann es mit Rücksicht auf die Sprechweise den Contrahenten leicht zweifelhaft erscheinen, ob eine Resolutivbedingung oder eine Suspensivbedingung gemeint sei. Daß ältere römische Juristen die Auffassung der lex commissoria als Suspensivbedingung begünstigt hätten, um dadurch zu bewirken, daß der Verkäufer, wenn er nicht zu rechter Zeit bezahlt werde, dem Käufer gegenüber eine rei vindicatio hätte,[178]) ist ein auf der irrigen Voraus-

[177]) Von der lex commissoria handeln folgende Stellen: Vat fr. 3. 4. 11. 14. tit. D. de lege commissoria. l. 38. de minoribus l. 25. pr. de her. pet. l. 6. § 1. de contr. emt. l. 10. de resc. vend. l. 13. § 26. de act. emt. vend. l. 22. pr. loc. l. 38. § 2. ad leg. Falc. l. 2. § 3. pro emt. l. 11. § 13. quod vi aut clam l. 2. l. 6. § 1. de div. temp. praescr. l. 19. de usurp. l. 23. de O. et A. c. 1. 3. 4. de pact int. emt. et vend. cf. l. 31. de pign. — cf. Glück, Commentar. XVI. p. 271. sqq. Zimmern, im Arch. f. civ. Praxis. V. p. 237. Maren, Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen. p. 242. sqq. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. p. 242.

[178]) cf. Fitting, in Zeitschrift f. Handelsrecht. II. p. 262. sqq.

setzung beruhender Satz, daß der Verkäufer, wenn die lex commissoria sich als Resolutivbedingung darstellte, existente condicione nicht auch von jeher eine rei vindicatio gehabt habe, und ein Satz, der außerdem in offenstem Widerspruch steht zu dem anerkannten Interpretationsprincip, daß in dubia voce contra venditorem zu interpretieren sei.[179]) Wenn Sabinus in l. 2. § 3. pro emtore ganz allgemein den Satz aufstellt: si sic emta sit, ut nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia, so läßt sich dieser Ausspruch nur daraus erklären, daß Sabinus in jeder lex commissoria wirklich eine Suspensivbedingung erblickte, indem er den dem Kauf gemachten Zusatz: ut res inemta fieret, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, nach Analogie einer bedingten ademtio legati interpretierte. Im späteren klassischen Recht ist jedenfalls die Meinung zur Herrschaft gelangt, daß man in dubio in der lex commissoria eine Resolutivbedingung zu erblicken habe; diese Meinung wird entschieden ausgesprochen von Ulpian in l. 1. de leg. commiss.:

> Si fundus lege commissoria venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emtio, quam sub condicione contrahi videatur.

Die lex commissoria ist eine ausschließlich im Interesse des Verkäufers getroffene Nebenberedung zu einem Kaufgeschäft. Das Kaufgeschäft wird nicht schon dadurch hinfällig, daß der Käufer den Preis nicht zur rechten Zeit zahlt, so daß sich also auch der Käufer auf die Hinfälligkeit des Kaufgeschäfts berufen könnte, es mithin durch willkürliche Nichtzahlung des Preises frustrieren könnte, sondern es wird erst dadurch hinfällig, daß der Verkäufer, der nicht zur rechten Zeit befriedigt ist, erklärt, daß er an das Kaufgeschäft nicht mehr gebunden sein wolle. Der Zweck der lex commissoria besteht nicht sowohl darin, dem Verkäufer materielle Sicherheit für seine Preis-

[179]) cf. l. 21. de contr. emt.

forderung zu gewähren, als vielmehr darin, ihm die Möglichkeit zu gewähren, falls er nicht zu rechter Zeit befriedigt werde, sich jeglicher Verpflichtung dem Käufer gegenüber zu entledigen. Die lex commissoria ist mithin ein viel inhaltreicheres Sicherungsmittel für den Verkäufer, als ein pactum reservati dominii, oder ein pactum reservatae hypothecae, oder ähnliche Verabredungen, oder als die gesetzliche Bestimmung, daß das Eigenthum an der Waare erst nach Zahlung oder Creditierung des Kaufpreises auf den Käufer übergehe. Alle diese Sicherungsmittel mögen dem Verkäufer die ausreichendste Sicherheit für die materielle Befriedigung seiner Preisforderung gewähren; aber er wird durch sie immer in mehr oder minder bedeutende Weitläuftigkeiten verwickelt, bis er wirkliche Befriedigung erlangt: er kann zwar dem Käufer die Waare wieder abnehmen und sie retinieren, bis er befriedigt ist; aber er muß stets gewärtig sein, daß der Käufer ihm den Kaufpreis offeriert und Herausgabe der Waare verlangt; oder er kann zwar die Waare weiter verkaufen; er ist dabei aber an die über den Pfandverkauf geltenden gesetzlichen Vorschriften gebunden, und muß namentlich, wenn er etwa mehr, als seine Preisforderung beträgt, löst, den Ueberschuß dem Käufer herausgeben. Ganz anders verhält es sich, wenn er eine lex commissoria verabredet hat. Wird er jetzt nicht zu rechter Zeit befriedigt, so ist er aller seiner Verpflichtungen gegen den Käufer los und ledig: er verlangt einfach die verkaufte Waare zurück und verfügt dann vollständig frei und ungebunden über sie so, wie er es in seinem Interesse für das geeignetste hält, ohne befürchten zu müssen, daß ihn später der Käufer mit irgend welcher Forderung aus dem Kaufvertrag in Anspruch nehmen werde.

Materielle Sicherstellung durch dingliche Rechte für das dem Verkäufer eventuell zustehende Rückforderungsrecht in Betreff der Waare, intentiert die lex commissoria direct nicht; und es ist recht gut denkbar, daß in einem gegebenen Fall dem Verkäufer eine derartige materielle Sicherstellung vollständig fehlt. Man denke zum

Beiſpiel den Fall, daß ein Verkäufer, der sub lege commissoria verkauft hat, durch ausdrückliche Erklärung Eigenthum an der Waare auf den Käufer übertragen habe. Wird er hier nicht zu rechter Zeit befriedigt, ſo kann er zwar ſofort durch ſeine Erklärung, er wolle mit dem Käufer weiter nichts zu thun haben, den Kauf vernichten; behufs Wiedererlangung der Waare hat er aber keine dingliche Klage, ſondern iſt ausſchließlich auf ſeine actio venditi angewieſen. Regelmäßig wird aber die lex commissoria dem Verkäufer indirect auch dingliche Sicherheit gewähren. Stellt ſie ſich nämlich dar als eine dem Kauf geſetzte Suſpenſivbedingung, ſo iſt jedenfalls pendente condicione trotz erfolgter Tradition der Käufer wegen mangelnder justa causa traditionis noch nicht Eigenthümer geworden, und ſteht alſo deficiente condicione dem Verkäufer eine rei vindicatio behufs Wiedererlangung der Waare zu. Iſt aber die lex commissoria eine dem Kauf geſetzte Reſolutivbedingung, ſo geht ebenfalls, wenn auch aus anderen Gründen, pendente condicione trotz erfolgter Tradition kein Eigenthum an der Waare auf den Käufer über: denn der Preis iſt noch nicht bezahlt, und einen Creditvertrag anzunehmen, wie er als Erſatz der Preiszahlung für den Eigenthumsübergang an der Waare verlangt wird, iſt abſolut unmöglich.

Das Weſen dieſes Creditvertrags beſteht, wie dieß früher bereits bemerkt worden iſt, darin, daß der Verkäufer die Realſicherheit, die ihm das Eigenthum der verkauften Sache gewährt, aufgiebt, und ſich dafür mit der in der Perſon des Käufers liegenden Perſonalſicherheit begnügt: alſo kann ein Creditvertrag, wenn er nicht mit ausdrücklichen Worten abgeſchloſſen iſt, nur dann angenommen werden, wenn die Tradition Umſtände begleitet haben, aus denen hervorgeht, daß der Verkäufer die Perſon des Käufers als genügende Garantie für die demnächſtige Zahlung des Kaufpreiſes betrachtete, und deshalb auch eine weitere ihm durch das Geſetz im Eigenthum der verkauften Sache gebotene Sicherheit verzichtete. Der Verkäufer aber, der mit Hinzufügung einer lex commissoria verkauft hat, hat nicht

nur keinem beſonderen Vertrauen in die Perſon des Käufers Ausdruck verliehen, ſondern er hat vielmehr ein ganz entſchiedenes Mißtrauen gegen den Käufer ausgeſprochen: er will zwar eine gewiſſe Zeitlang warten mit der Forderung des Kaufpreiſes; wenn ihm aber innerhalb dieſer Zeit der Preis nicht gezahlt iſt, ſo will er überhaupt mit dem Käufer weiter nichts zu thun haben; ſich mit keinerlei Sicherheit begnügen laſſen, ſondern einfach ſeine Sache wiederhaben. Wer aber behauptet, gerade darin, daß der Verkäufer dem Käufer eine gewiſſe Friſt gewähre, liege ein Creditvertrag, der verwechſelt den Creditvertrag mit dem Stundungsvertrag, den man zwar in einem weiteren Sinn auch einen Creditvertrag nennen kann, der aber kein ſolcher Creditvertrag iſt, wie er erfordert wird, damit Eigenthum an einer verkauften Sache übergehe, weil er in keiner Weiſe die Abſicht des Verkäufers manifeſtiert, auf die in der Sache ſelbſt liegende Realſicherheit verzichten zu wollen.

Mit dieſem Reſultat ſtimmen nun auch die Ausſprüche der römiſchen Juriſten über lex commissoria vollſtändig überein; ja einzelne Stellen erſcheinen geradezu als confus, wenn man annimmt, der Juriſt, der ſie geſchrieben habe, habe ſich den Käufer pendente condīcione resolutionis als Eigenthümer gedacht.

Ich will dieſe einzelnen Stellen jetzt nach einander beſprechen:

1. Die l. 38. ea leg. Falc. von Hermogenian. Eigentlich gehört nur der § 2. hierher, da aber das pr. und der § 1. weſentliches zur Interpretation des § 2. beitragen, ſo will ich auch ſie hierherſetzen:

Hermogenianus libro primo juris epitomarum.

Statutiber heredis non auget familiam. Communes servi in utriusque patrimonio connumerantur. Cujus usufructus alienus est, in dominio domini proprietatis connumeratur, pignori dati in debitoris, sub lege commissoria distracti, item ad diem addicti in venditoris.

Die Stelle iſt entnommen dem erſten Buch der Epitomae juris Hermogenians, und die Compilatoren der Pandekten haben ſie, offenbar durch die Ausdrucksweiſe des principium verführt, in den

Titel ad legem Falcidiam aufgenommen. Die Stelle kann aber durchaus nicht so verstanden werden, als enthalte sie Regeln, die bei Berechnung der quarta Falcidia zu beobachten wären, denn dann wären ihre sämmtlichen Entscheidungen offenbar falsch.

Denn erstens ist es nicht wahr, daß ein statu liber so ohne weiters nicht in die Quart eingerechnet wird, denn der statu liber ist pendente condicione Sklave des Erben und bleibt es, wenn die Bedingung defiziert.[180]) Zweitens ist es nicht wahr, daß gemeinschaftliche Sklaven bei Berechnung der quarta Falcidia in das Vermögen eines jeden Miteigenthümers voll eingerechnet würden; sondern sie werden nur pro rata parte eingerechnet. Drittens ist es nicht wahr, daß ein Sklave, woran ein Ususfruct besteht, voll in die Quart eingerechnet werde, sondern es wird der Werth des Ususfruktes abgezogen.

Endlich wäre, wenn der Ausspruch Hermogenians von der Berechnung der quarta Falcidia zu verstehn wäre, auch alles verkehrt, was von dem sub lege commissoria verkauften und dem in diem addicierten Sklaven gesagt wird. Denn wenn ein Sklave sub lege commissoria verkauft ist, und nach dem Tod des Verkäufers die Frage entsteht, ob dieser seine Erbschaft mit Legaten überschwert habe oder nicht, so kann weder gesagt werden: der Sklave wird zum Vermögen gerechnet, noch kann gesagt werden, der Preis wird zum Vermögen gerechnet; sondern es ist noch zweifelhaft, ob der eine oder der andere zum Vermögen gehört, kann also eine definitive Abrechnung, wenn es bei Feststellung der Ueberschwerung gerade auf den Unterschied zwischen Werth und Preis des Sklaven ankommt, noch nicht stattfinden, sondern ist mit Cautionen zu helfen. Geradezu unsinnig wäre es aber, einen in diem addicierten Sklaven in das Vermögen des Verstorbenen einrechnen zu wollen; denn selbst wenn der Sklave noch Eigenthum des Verstorbenen, resp. der Erbschaft sein sollte, so steht es doch ganz fest, daß diese denselben nicht behalten wird;

[180]) cf. l. 73 § 3. ad leg. Falc. l. 1. § 11. si cui plus quam per leg. Falc. — l. 9. pr. l. 29. de statulib.

in die Erbſchaft kann zunächſt nur eingerechnet werden der bereits gebotene Preis; und wenn wegen deſſen ungenügenden Betrags der Erbe den Legataren Abzüge macht, ſo muß er Caution leiſten, falls ein beſſeres Gebot erfolgen ſollte, verhältnißmäßige Nachzahlung leiſten zu wollen.

Mithin ſind alle Entſcheidungen Hermogenians verkehrt, wenn man annimmt, er rede von Berechnung der quarta Falcidia. Dazu kommt nun aber noch, daß Hermogenian erweislichermaßen von Legaten und von der lex Falcidia in ſeinem vierten Buch geredet hat,[181]) während die hier in Frage ſtehende Stelle aus dem erſten Buch entnommen iſt; ſo daß es nach alledem keinem Bedenken unterliegen kann, zu behaupten, Hermogenian rede in der fraglichen Stelle gar nicht von Berechnung der Quarta Falcidia.[182])

Hermogenian ſelbſt ſagt, daß er im erſten Buch de statu personarum rede; in die Pandekten aufgenommene Fragmente des erſten Buchs beweiſen, daß er daſelbſt von Manumiſſionen geredet hat;[183]) es kann deshalb wohl keinem Zweifel unterliegen, daß Voorda und Roßhirt[184]) das richtige getroffen haben, wenn ſie annehmen, Hermogenian rede in der in Frage ſtehenden Stelle von der durch die lex Fufia Caninia veranlaßten Berechnung der Anzahl der von einem Verſtorbenen hinterlaſſenen Sklaven. Die lex Fufia Caninia hat bekanntlich ein Maaß geſetzt für die Zahl der durch ein Teſtament frei zu laſſenden Sklaven; die Zahl derer, die frei gelaſſen werden können, richtet ſich nach der Zahl derer, die der Verſtorbene beſeſſen hat: Hermogenian giebt in l. 38. cit. Regeln, wie dieſe Zahl in zweifelhaften Fällen feſtzuſtellen iſt:

[181]) cf. Hommel, Palingenesia. tom. I. p. 191. Rudorff, Römiſche Rechtsgeſchichte. I. p. 199.

[182]) cf. Josephus Finestres et de Monsalvo, in Hermogeniani Icti juris epitomarum libros VI. commentarius. Cervariae 1757. tom. I, p. 278.

[183]) cf. Hommel, Palingenesia. tom I. p. 185. sqq.

[184]) cf. J. Voorda, ad legem Falcidiam commentarius. Trajecti ad Rhenum. 1730. p. 142. sqq. Roßhirt, die Lehre von den Vermächtniſſen. p. 542.

Ein Statuliber, den der Verſtorbene beſeſſen habe, ſoll nicht in die Sklavenſchaft des Verſtorbenen eingerechnet werden; — ein Sklave, an dem er nur Miteigenthum gehabt habe, ſoll eingerechnet werden; — ebenſo einer, woran jemand anders einen Uſusfruct gehabt habe; — ebenſo ein verpfändeter Sklave; — ebenſo ein vom Verſtorbenen sub lege commissoria verkaufter oder in diem addicierter Sklave.

Man hat die Entſcheidung, daß ein sub lege commissoria verkaufter oder in diem addicierter Sklave als in dominio venditoris ſtehend zu betrachten ſei, daraus zu erklären verſucht, daß, wenn auch der Sklave ſelbſt vielleicht nicht mehr zum Vermögen des Verkäufers gehöre, ſo doch jedenfalls der für ihn zu löſende Preis;[185]) eine Erklärung, die, wenn die Stelle von einer durch die lex Fufia Caninia veranlaßten computatio redet, in keiner Weiſe paßt, die aber auch nicht haltbar wäre, wenn die Stelle von einer durch die lex Falcidia veranlaßten computatio redete, weil dabei überſehen iſt, daß der für den Sklaven zu löſende Preis und ſein Werth nicht nothwendig identiſch ſind.

Andere haben die Worte Hermogenians reſtrictiv interpretieren wollen, und entweder nur von dem Fall verſtehn wollen, wo die den Kauf reſolvierende Bedingung der lex commissoria und in diem addictio bereits eingetreten ſei, der Sklave aber dem Verkäufer noch nicht zurücktradiert ſei,[186]) oder nur von dem Fall, wo nur precaria possessio auf den Käufer übertragen geweſen ſei,[187]) oder nur von dem Fall, wo die lex commissoria und die in der in diem addictio enthaltene Nebenbeſtimmung ſich als dem Kauf geſetzte Suſpenſivbedingungen darſtellten:[188]) lauter Interpretationen, deren Zuläſſigkeit die erſte Vorausſetzung fehlt, nämlich der Nachweis der

[185]) cf. Josephus Finestres cit p. 292.

[186]) cf Antonius Faber, Rationalia ad Pandectas, ad l. 41. de R. V.

[187]) cf. Glossa ad h. l.

[188]) cf. Glossa ad h. l. Voetius, Commentarius ad Pandectas XVIII. 3. § 1. Sell, Ueber bedingte Traditionen p. 194. sqq.

Nothwendigkeit einer restrictiven Interpretation. Gegen die zuletzt erwähnte Restriction spricht auch noch ganz besonders der Umstand, daß es zu Hermogenians Zeit, wie aus dem vorhin erwähnten Ausspruch Ulpians und aus dessen Aufnahme in die Pandekten hervorgeht, wenigstens in Betreff der lex commissoria feststehendes Recht war, in ihr eine Resolutivbedingung zu vermuthen; ein Satz, der den Hermogenian, wenn er von als Suspensivbedingung aufzufassender lex commissoria allein hätte reden wollen, doch jedenfalls hätte veranlassen müssen, dieß besonders hervorzuheben.

Der Ausspruch Hermogenians, daß servi sub lege commissoria distracti, item in diem addicti in dominio venditoris connumerandi sunt, bezieht sich auf alle Fälle, wo Sklaven sub lege commissoria verkauft, oder in diem addiciert sind, sei es suspensivbedingt, sei es resolutivbedingt; im ersteren Fall sind sie in dominio venditoris connumerandi wegen noch nicht erfüllter Suspensivbedingung, im anderen Fall, weil sie zwar pure verkauft sind, aber der Preis weder gezahlt noch creditiert ist. Auf den Fall der in diem addictio komme ich im Zusammenhang nochmals zu reden.

2. Zweitens gehört hierher die l. 5. de leg. commiss. von Neratius,[189]) welche folgendermaßen lautet:

> Lege fundo vendito dicta, ut si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inemta sit, de fructibus, quos interim emtor perc pisset, hoc agi intelligendum est, ut emtor interim eos sibi suo quoque jure perciperet; sed si fundus revenisset, Aristo existimabat, venditori de his judicium in emtorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.

Was soll diese ganze Auseinandersetzung, daß man die Absicht der Contrahenten dahin interpretieren müsse, daß der Käufer

[189]) cf. Glück, Commentar. XVI. p. 297. Anm. 23. Müller, Civilistische Abhandlungen. I. p. 312. sqq

während schwebender Bedingung das Recht des Fruchtgenusses haben solle, wenn der Käufer durch die Tradition Eigenthümer ward? Dann war es doch gar zu selbstverständlich, und nicht Folge einer Abmachung, sondern Folge seines Eigenthums, daß er das Recht des Fruchtgenusses hatte.

Mit den Worten: si fundus revenisset, will demnach Neratius weiter nichts sagen, als, wie auch bereits die Glosse es auffaßt, si fundus inemtus factus esset.

3. Eine ähnliche Auseinandersetzung, wie Neratius in der eben besprochenen Stelle, macht Ulpian in l. 11. § 13. quod vi aut clam. Der Wortlaut dieser Stelle ist folgender:

> Si ita praedium venierit, ut si displicuisset, inemtum esset, facilius admittimus, interdictum emtorem habere, si modo est in possessione. Et si rescissio emtionis in alterius arbitrium conferatur, idem erit probandum. Idemque et si ita veniisset, ut si aliquid evenisset, inemtum esset praedium. Et si forte commissoria venierit, idem dicendum est.

Was in aller Welt soll die Bemerkung, daß der Käufer, der ein Grundstück sub lege commissoria gekauft habe, das interdictum quod vi aut clam anstellen könne, wenn er Eigenthümer dieses Grundstückes ist? Das brauchte doch gewiß nicht besonders hervorgehoben zu werden. Daß aber Ulpian sich die in dieser Stelle erwähnte lex commissoria als eine Resolutivbedingung und nicht als eine Suspensivbedingung dachte, wird nicht nur dadurch wahrscheinlich gemacht, daß Ulpian überhaupt bei jeder lex commissoria für Resolutivbedingung präsumiert, sondern geht mit Bestimmtheit aus der Analogie der anderen in demselben Paragraphen besprochenen Fälle hervor, unter denen sich auch das pactum displicentiae befindet, das Ulpian immer als Resolutivbedingung betrachtet.[190]) Hierauf werde ich später noch einmal zu reden kommen.

[190]) cf. l. 3. de contr. emt.

4. Ob in l. 10. § 1. de resc. vend. die Worte: ut sine ulla quaestione emtor praedia possideret, mit denen das für den Käufer eines Grundstückes, der sub lege commissoria gekauft hatte, aus einem zwischen dem Verkäufer und einem dritten, der einen Theil der verkauften Grundstücke in Anspruch genommen hatte, geführten Proceß, und des aus einem zwischen dem Verkäufer und einem anderen dritten, der den anderen Theil der Grundstücke in Anspruch genommen hatte, abgeschlossenen Vergleich entspringende Resultat charakterisiert wird, mit Rücksicht darauf gewählt sind, daß der Käufer nicht als Eigenthümer, sondern nur als unangefochtener Besitzer bezeichnet werden soll, oder ob sie nicht vielmehr indifferent sind, will ich dahin gestellt sein lassen.

5. Von größerer Bedeutung ist jedenfalls die l. 6. § 1. de contr. emt., wo von Pomponius als Resultat des Eintritts der in der lex commissoria liegenden Resolutivbedingung für das Grundstück selbst angegeben wird, ut inemtus fieret, für die vom Käufer inzwischen gezogenen Früchte aber, ut restituerentur. Das Grundstück, das nie aus dem Eigenthum des Verkäufers herausgetreten war, verliert durch Eintritt der Resolutivbedingung nur seine Eigenschaft als verkauftes; die Früchte dagegen müssen aus dem Eigenthum des Käufers in das des Verkäufers gebracht werden.

Ferner gehören hierher die sämmtlichen Stellen, die zum Beweis benützt zu werden pflegen, daß unter einer Resolutivbedingung tradiertes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung ipso jure an den Tradenten zurückfalle; nämlich

6. Die l. 8. de lege commiss.[191])

[191]) cf. z. B. Thibaut, Civilistische Abhandlungen. p. 373. Zimmern, im Archiv f. civ. Praxis. V. p. 240. Glück, Commentar. XVI. p. 296. Thibaut, im Arch. f. civ. Praxis. XVI. p. 400. Müller, Civilistische Abhandlungen. I. p. 309. Sell, Ueber bedingte Traditionen. p. 228. Vangerow, Pandekten. I. § 96. Fitting, in Zeitschrift f. Handelsrecht. II. p. 257. Jhering, in Jahrb. für Dogmatik. X. p. 571. 572. Brinz, Pandekten. p. 1495. Levi, Se per Diritto Romano etc. p. 22.

Scaevola libro VII. Digestorum.

Mulier fundos Gajo Sejo vendidit, et acceptis arrhae nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae; quibus si non paruisset emtor, pactus est, ut arrham perderet, et inemtae villae essent; die statuto emtor testatus est, se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere, et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit, defuisse autem venditricem; posteriore autem die nomine fisci testato conventum emtorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret; quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditionis? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non commississe in legem venditionis emtorem.

7. Die c. 4. de pact. int. emt. et vend.[192])

Imp. Alexander A. Juliano.

Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

8. Die c. 1. eod.[193])

Imp. Antoninus A. Diotimae.

Si ea lege praedium vendidisti, ut nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtrix arrhas perderet, et dominium ad te pertineret, fides contractus servanda est. Dat. V. Id. Octob. Sabino II. et Anullino Conss. (216.)

[192]) cf. z. B. Thibaut, Civiliſtiſche Abhandlungen. p. 375. Zimmern, im Archiv f. civ. Praxis. V. p. 240 Glück, Commentar. XVI. p. 296. Thibaut, im Archiv f. civ. Praxis XVI. p. 401 Müller, Civ Abhandlungen. I. p. 310. Sell, Ueber bedingte Traditionen p. 227. Fitting, in Zeitſchrift f. Handelsrecht. II. p. 257. Brinz, Pandekten p. 1495. Levi, Se per Diritto Romano etc. p. 24.

[193]) cf. Zimmern, im Archiv f. civ. Praxis. V. p 240. Glück, Commentar. XVI. p. 298. Thibaut, im Archiv f. civ. Praxis. XVI. p. 401. Müller, Civ. Abhandlungen. I. p. 306. Sell, Ueber bedingte Traditionen. p. 228. Brinz, Pandekten. p. 1495.

Die unter Nr. 6. und 7. erwähnten Stellen sind von Schriftstellern, die nicht nachgeben wollten, daß unter einer Resolutivbedingung tradiertes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung von selbst an den Tradenten zurückfalle, mannigfach gar sonderbar interpretiert worden. Die dem Verkäufer existente condicione gewährte rei vindicatio soll sich daraus erklären, daß der Verkäufer nie aufgehört habe, Eigenthümer zu sein, weil er nur precario oder miethweise Besitz auf den Käufer übertragen habe;[194]) oder diese rei vindicatio soll nur eine rei vindicatio fictitia sein;[195]) oder sie soll gar keine rei vindicatio, sondern eine persönliche Klage sein, die nur abusive rei vindicatio genannt werde;[196]) oder sie soll wenigstens in l. 8. cit. gar nicht als von dem Verkäufer gegen den Käufer, sondern vielmehr als von dem Käufer gegen den Verkäufer anzustellende Klage gedacht sein;[197]) oder Scävola und Alexander sollen eine rei vindicatio seitens des Verkäufers gegen den Käufer überhaupt nicht für zulässig erachten, sondern sie nur erwähnen, weil sie in den an sie gelangten Anfragen erwähnt war, und nicht ausdrücklich für unzulässig erklären, weil sie den Kauf überhaupt nicht als durch die lex commissoria aufgelöst angesehn wissen wollten.[198]) Daß alle diese Interpretationen unhaltbar sind, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Die Stellen erklären sich auf das einfachste in der Weise, daß dem Verkäufer die rei vindicatio noch zusteht, weil er nie aufgehört

[194]) cf. Cujacius, Recitationes in libros quattuor priores Codicis, ad lib. IV. tit. 54 Maren, Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen. p. 246. 247.

[195]) cf. Cujacius, Recitationes in tit. D. de R. V., ad l. 42. Noodt, Commentarius ad Pandectas, lib. XVIII tit. III. in f.

[196]) cf. J. H. Boehmer, Exercitationes ad Pandectas, lib. I. tit. I. Exerc. IV. § 32. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 54. sqq.

[197]) cf. Musset, Observationes quaedam de conventionibus ad condicionem initis. p. 25.

[198]) cf. Rieſſer, in Zeitſchrift f. Civilrecht und Proceß. II. p. 273.

hatte, Eigenthümer zu sein; er kann sie aber nicht mit Erfolg anstellen, weil ihm eine wirksame exceptio rei venditae et traditae entgegengestellt werden kann.[199]) Nach antejustinianeischem Recht würde sich allerdings die dem Verkäufer noch zustehende rei vindicatio auch von dem Gesichtspunkt aus erklären lassen, daß er trotz vorgenommener Tradition und dadurch erfolgter Uebertragung von bonitarischem Eigenthum doch noch quiritarischer Eigenthümer sei;[200]) aber diese Erklärung ist nicht nöthig und für das justinianeische Recht nicht mehr möglich. In der unter Nr. 8 angeführten Stelle[201]) spricht namentlich der Ausdruck dominium ad te pertineret deutlich dafür, daß gar kein Eigenthum übertragen war.

9. Auch die c. 3. de pact. int. emt. et vend. kann zum Beweis benutzt werden, daß mit Hinzufügung einer als Resolutivbedingung zu behandelnden lex commissoria verkaufte und tradierte Sachen pendente condicione nicht in das Eigenthum des Käufers übergehen. Diese Stelle lautet folgendermaßen:

Imperator Alexander Felici militi.

Qui ea lege praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum[202]) esset, ad se revertere-

[199]) cf. Engelmann, der Rückfall des Eigenthums im römischen Recht. p. 43. 44.

[200]) cf. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. p. 236.

[201]) Engelmann, cit. p. 51. Anm. leugnet, daß die Stelle von einem Fall einer lex commissoria rede. Man vergleiche nachher Anm. 203. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 54., denkt sich den Fall so, daß allerdings Eigenthum auf die Käuferin übertragen gewesen sei, daß dieses Eigenthum aber existente condicione nicht ipso jure an den Verkäufer zurückfalle, sondern diesem nur eine persönliche Klage zur Wiedererlangung seines Eigenthums gegeben werde.

[202]) Ueber die Bedeutung des Wortes restituere vergleiche man l. 94. de V. S. Bas. 1, 2, 92. l. 21. de leg. II. Cicero, ad Atticum 2, 4. Gajus, Inst. 4, 28.

tur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito. Dat. III. Id. Jul....

Weil in dieser Constitution dem Verkäufer, wenn er nicht ausdrücklich nur precaria possessio auf den Käufer übertragen habe, bei Eintritt der Bedingung der resolutiven lex commissoria die rei vindicatio abgesprochen wird, haben sich wohl schon Schriftsteller, die die Regel aufstellen, daß unter einer Resolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung von selbst an den Tradenten zurückfalle, zu der im klarsten Widerspruch mit den Worten der Constitution stehenden Behauptung veranlaßt gesehn, daß die Constitution gar nicht von einem Fall von lex commissoria und überhaupt gar nicht von einem Fall von Resolutivbedingung rede;[203]) und andere Schriftsteller haben diese Stelle zu dem Beweis benutzen wollen, daß unter einer Resolutivbedingung tradiertes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung nicht von selbst an den Tradenten zurückfalle.[204])

Das Eigenthum von mit Hinzufügung einer resolutiven lex commissoria verkauften und tradierten Sachen geht aber nach Maßgabe der bisher besprochenen Stellen überhaupt nicht auf den Käufer über, und kann also auch nach erfolgter Auflösung des Kaufgeschäfts dem Verkäufer die rei vindicatio nicht deswegen abgesprochen sein, weil der Käufer, der überhaupt niemals Eigenthümer gewesen war, noch Eigenthümer sei. Nach Auflösung des Kaufgeschäfts läßt sich

[203]) cf. Glossa ad h. l. Thibaut, im Archiv f. civ. Praxis. XVI. p. 402. 403. Bangerow, Pandekten. I. § 96. Brinz, Pandekten p. 1494. 1495. Levi, Se per Diritto Romano etc. p. 30. — Auch Engelmann, der Rückfall des Eigenthums im römischen Recht. p. 49. sqq., leugnet, wenn auch aus anderen Gründen, daß die Constitution vom Fall einer lex commissoria rede. cf. dagegen meine Dissertation de rebus sub resolutiva in diem addictionis vel commissoria lege venditis. p. 61. 62.

[204]) cf. Hellfeld, Jurisprudentia forensis. Ed. novissima, cura Oeltze. Jenae 1787. § 1010. Rieſſer, in Zeitschrift f. Civilrecht u. Proceß. II. p. 276. sqq. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 56. 57.

mit Rücksicht auf die im bisherigen gefundenen Resultate kein Grund einsehn, warum der Verkäufer das Kaufobject, nur wenn er nur precaria possessio auf den Käufer übertragen gehabt habe, sollte vindizieren können. Die Constitution läßt sich, wie dies bereits Thibaut und Puchta[205]) ausgesprochen haben, nur dann befriedigend erklären, wenn man sich als dem Kaiser zur Entscheidung vorliegende Frage die denkt, ob der sub lege commissoria verkauft und tradiert habende Verkäufer pendente condicione resolutionis das verkaufte Grundstück vindizieren könne. Die Antwort lautet: regelmäßig sei dieß nicht möglich, weil der rei vindicatio die exceptio rei venditae et traditae entgegenstehe; nur wenn precaria possessio auf den Käufer übertragen sei, sei die rei vindicatio durchführbar. Ist aber diese Interpretation richtig, so beweist gerade die fragliche c. 3., daß das Eigenthum sub lege commissoria verkaufter Sachen pendente condicione nicht auf den Käufer übergeht. Andernfalls hätte der Verkäufer gar nicht auf die Idee kommen können, die verkaufte Sache pendente condicione vindizieren zu wollen.

10. Hat der Käufer, während die Bedingung der Resolution des Kaufgeschäfts schwebt, juristischen Besitz, trotzdem er weder den Preis gezahlt hat, noch ihm creditiert worden ist, so versteht es sich auch, daß er usukapieren kann, denn er hat justus titulus, bona fides,[206]) und Besitz für sich. Die Regel, daß er vor Zahlung oder Creditierung des Preises durch Tradition nicht soll Eigenthümer werden können, steht seiner Usukapion an und für sich nicht entgegen, denn diese Regel ist nur zum Schutz des Verkäufers, nicht auch zum Schutz dritter Personen aufgestellt. Diese Regel wird also allerdings zur Folge haben, daß der Käufer nicht usukapieren kann, wenn die gekaufte Sache dem Verkäufer gehört; gehört sie aber einem dritten, so wird

[205]) cf. Thibaut, Civilistische Abhandlungen. p. 375. sqq. Puchta, Vorlesungen. 5. Aufl., herausgegeben von Rudorff. I. p. 488

[206]) cf. Fitting, im Archiv f. civ. Praxis. LI. p. 19. sqq.

dadurch seine Usukapion nicht im entferntesten gehindert. Hierdurch wird freilich für den Käufer selbst eine Ungewißheit entstehn, ob er durch Usukapion Eigenthümer geworden sei; denn wenn er wüßte, daß die Sache einem dritten gehörte, und daß also der Satz, daß er vor Zahlung oder Creditierung des Preises nicht Eigenthümer werden könne, seiner Usukapion nicht entgegenstünde, so würde er aus einem anderen Grunde nicht usukapieren können, weil er sich nämlich in mala fide befände; und wenn er nicht weiß, daß die Sache nicht dem Verkäufer gehört, so kann er auch nichts davon wissen, daß seiner Usukapion nichts im Wege steht. Aber dieses Nichtwissen hindert seine Usukapion nicht, gerade so wenig, wie die Usukapion eines Ehemanns dadurch gehindert wird, daß er nicht weiß, daß eine ihm von seiner Frau geschenkte Sache eine fremde ist, während er bei der Annahme, daß dieselbe seiner Frau gehört, denken muß, daß er nicht Eigenthümer derselben werden könne.[207])

Daß eine sub lege commissoria verkaufte und tradierte Sache, wenn die lex commissoria sich als Resolutivbedingung darstellt, vom Käufer usukapiert werden kann, ist klarstens ausgesprochen in l. 2. § 3. pro emt. und in l 6. § 1. de div. temp. praescr., welche Stellen also lauten:

Die l. 2. § 3. pro emtore:

Paulus libro LIV. ad Edictum.

Sabinus si sic emta sit, ut nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia; sed videamus utrum condicio sit hoc, an conventio; si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur.

Die l. 6. § 1. cit.:

Africanus libro nono Quaestionum.

Vendidi tibi servum et convenit, ut nisi certa die pecunia soluta esset, inemtus esset. Quod cum evenerit, quaesitum

[207]) cf. l. 25. de don. int. vir. et ux.

est, quid de accessione tui temporis putares. Respondit, id quod servetur, quum redhibitio sit facta; hunc enim perinde haberi, ac si retrorsus homo mihi veniisset, ut scilicet, si venditor possessionem postea nactus sit, et hoc ipsum tempus, et quod venditionem praecesserit, et amplius accessio haec ei detur cum eo, quod apud eum fuit, a quo homo redhibitus sit.

Ist es der bisherigen Darstellung gelungen, zu beweisen, daß, wenn Sachen mit resolutiver lex commissoria verkauft werden, während die Bedingung der Resolution des Kaufgeschäfts schwebt, zwischen dem Käufer und Verkäufer ein Creditvertrag nicht als abgeschlossen anzunehmen ist, so liefern diese Stellen den directen Beweis, daß gekaufte und tradierte Sachen auch vor Zahlung und Creditierung des Preises vom Käufer usukapiert werden können, gerade wie diesem auch die Publiciana in rem actio zusteht, eine Ansicht, die ohnedieß schon in neuerer Zeit bedeutende Vertreter gefunden hat, so Stintzing, Scheurl, Rudorff, Exner, Huschke, und wenigstens für das justinianeische Recht auch Fitting.[208])

Auch der § 12 der Vatikanischen Fragmente scheint mir dafür zu sprechen, daß Papinian, von welchem, wie aus l. 18. de per et comm. erhellt, dieses Fragment herrührt, eine Usukapion einer gekauften, dem Verkaufer nicht gehörigen Sache seitens des Käufers auch vor Zahlung oder Creditierung des Preises für möglich hielt. Den trotzdem, daß der Preis noch nicht gezahlt ist, sagt er: nam usucapio frustra complebitur anticipata lite, ohne dabei einen Unterschied zwischen dem Fall, wo der Preis creditiert sei, und wo er nicht creditiert sei, auch nur anzudeuten.

[208]) cf. Stintzing, das Wesen von bona fides und titulus § 24. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. II. p. 65. 66. Puchta, Vorlesungen, herausgegeben von Rudorff, 5. Aufl. I. § 173. not. 2. Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. p. 365. sqq. Huschke, das Recht der Publicianischen Klage. p. 57. 58. Fitting, im Archiv f. civ. Praxis. LI. p. 18. sqq.

2) Die von in diem addictio redenden Stellen.

Eine in diem addictio[209]) ist nicht ein Nebenvertrag zu einem Kaufvertrag, sondern ein Kaufvertrag mit einem Nebenvertrag des Inhalts, daß der Verkäufer das Recht haben solle, wenn ihm innerhalb einer bestimmten Zeit ein besseres Gebot gethan werde, dieses bessere Gebot anzunehmen und durch den hierdurch abgeschlossenen neuen Kaufvertrag den alten hinfällig zu machen. Die in der in diem addictio enthaltene Nebenberedung kann sich geradeso wie die lex commissoria, sowohl als Suspensivbedingung wie als Resolutivbedingung für das Kaufgeschäft darstellen. Daß römische Juristen im Widerspruch mit den beim Abschluß einer in diem addictio gebrauchten Worten sie als suspensivbedingtes Kaufgeschäft aufgefaßt hätten, bloß um dadurch dem Verkäufer gewisse ihm sonst nicht zukommende Vortheile zu gewähren, ist eine gerade so grundlose Behauptung, wie die entsprechende in Betreff der lex commissoria aufgestellte. Der einzige Grund für die Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen darüber, ob eine in diem addictio ein suspensivbedingtes oder ein resolutivbedingtes Kaufgeschäft sei, war die wirkliche Zweideutigkeit der im täglichen Verkehr üblichen Formeln der in diem addictio.

Die von Paulus in l. 1. de in diem add. überlieferte Formel für die in diem addictio:

> Ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat,

kann gerade so gut umgeschrieben werden: Ich verkaufe das Grundstück unter der Bedingung, daß mir bis zum ersten Januar kein besseres Gebot gethan wird; wie so: Ich verkaufe das Grundstück,

[209]) Mit der in diem addictio beschäftigen sich folgende Stellen: tit. D. de in diem addictione. l 35. de minoribus. l. 3 quib. mod. pign. l. 38. § 2. ad leg. Falc. l. 2. § 4. pro emt. l. 11. § 10. 12. quod vi aut clam. l. 50. de jure fisci. c. 1. de vend. reb. civ. 11, 31

der Verkauf soll aber rückgängig gemacht werden, wenn bis zum ersten Januar ein besseres Gebot erfolgt. Und ähnlich mag es sich wohl auch mit den anderen in Uebung befindlichen Formeln verhalten haben.

Die von Ulpian in l. 2. § 1. de in diem add. aufgestellte Regel:

> Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit. Nam siquidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emtio, quae sub condicione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior condicio offeratur, erit emtio condicionalis;

führte deshalb in vielen Fällen zu keinem bestimmten Resultat, weil wegen Undeutlichkeit der von den Contrahenten gebrauchten Worte sich nicht feststellen ließ, quid actum sit. In solchen zweideutigen Fällen wollten die einen das Kaufgeschäft als suspensivbedingtes, die andern es als resolutivbedingtes behandelt wissen. Paulus läßt sich darüber in l. 2. § 4. pro emtore folgendermaßen aus:

> Si in diem addictio facta sit, id est, nisi si quis meliorem condicionem attulerit, perfectam esse emtionem, et fructus emtoris effici, et usucapionem procedere, Julianus putabat; alii et hanc sub condicione esse contractam; ille non contrahi sed resolvi dicebat: quae sententia vera est.

Der Ausspruch des Ulpian und der des Paulus führen in ihrer Vereinigung in den Pandekten für das justinianeische Recht zu dem Resultat, daß in jedem einzelnen Fall von in diem addictio genau die Intention der Contrahenten zu untersuchen ist; daß aber, wenn diese nicht festgestellt werden kann, die in diem addictio als ein resolutivbedingtes Kaufgeschöft zu behandeln ist.

Daß der Begriff der in diem addictio in Wirklichkeit so eng, wie angegeben, zu fassen ist, geht aus einer ganzen Reihe von Stellen hervor, die, sowie man den Begriff der in diem addictio weiter faßt, so daß also ein jeder Kauf darunter fiele, der mit der Neben-

verabredung abgeschlossen sei, daß er, wenn ein besseres Gebot erfolge, hinfällig sein solle, geradezu unerklärlich erscheinen würden.

Setzt doch Ulpian in l. 41. pr. de R. V. einem Vertrag, ut si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emtione, geradezu die in diem addictio entgegen; und sagt doch derselbe Ulpian in l. 9. de in diem add., daß im Fall einer in diem addictio dem Käufer das Recht nicht zustehe, sich dem Verkäufer gegenüber darauf zu berufen, daß ein besseres Gebot erfolgt sei, und so Entlassung aus dem Kaufvertrag zu verlangen, wenn ihm dieses Recht nicht ausdrücklich eingeräumt sei. Und ganz conform diesen Entscheidungen Ulpians entscheidet Pomponius in l. 15. pr. de in diem add., daß wenn ein Grundstück in diem addiziert sei, und dann der Verkäufer gestorben sei, während ruhender Erbschaft kein besseres Gebot mit dem Erfolg geschehen könne, daß dadurch der erste Verkauf aufgelöst werde quia melior condicio allata, quae domino placeat, intelligi non potest, cum is, qui vendat, non existat.

Nach diesen Bemerkungen macht eine genügende Interpretation der Formel, die Paulus in l. 1. de in diem add. als bei in diem addictiones üblich mittheilt, keine Schwierigkeit mehr. Diese Formel lautet:

> Ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat.

Diese Formel ist schon auf die vielfältigste und zum Theil sonderbarste Weise interpretiert worden.[210]) Einige behaupten, diese

[210]) Man vergl. z. B. Glück, Commentar. XVI. p. 240. not. 3. Westphal, Lehre vom Kauf. 1807. p. 432. Rieſſer, in Zeitschrift für Civilrecht und Proceß II. p. 305. sqq. Müller, Civ. Abhandlungen. I. p. 270. 271. Thibaut, im Archiv f. civ. Praxis. XVI. p. 413. 414. Sell, Ueber bedingte Traditionen. p. 228. Engelmann, der Rückfall des Eigenthums nach römischem Recht. p. 54. sqq. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. p. 117. 243. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 53. 54. Brinz, Pandekten. p. 1473.

Formel ſei die Formel einer ſolchen in diem addictio, wo der Umſtand, daß kein beſſeres Gebot erfolge, zur Suſpenſivbedingung verſtellt ſei und mithin ſei unter dem dominus der Verkäufer zu verſtehen. Andere meinen umgekehrt, die Formel ſei von einer ſolchen in diem addictio zu verſtehen, wo der Umſtand, daß ein beſſeres Gebot erfolge, zur Reſolutivbedingung verſtellt ſei, verſtehen demgemäß unter dem dominus den Käufer, und halten ſich dann gleich zu dem Schluß berechtigt, daß durch die Worte: quo res a domino abeat, angedeutet werden ſolle, daß das Eigenthum, das einſtweilen dem Käufer zuſtehe, bei Eintritt der Reſolutivbedingung von ſelbſt an den Verkäufer zurückfallen ſolle. Wieder andere meinen, die Formel paſſe auf beide Arten der in diem addictio, und ſei unter dem dominus bald der Verkäufer, bald der Käufer zu verſtehen, je nachdem die in diem addictio ſich als ſuſpenſivbedingter oder als reſolutivbedingter Kauf in casu herausſtelle.

Bei allen dieſen Interpretationen wird den Worten: quo res a domino abeat, viel zu wenig Bedeutung beigelegt, und überſehen, daß wenn man dieſen Worten nicht eine ganz beſondere Bedeutung beilegt, in der von Paulus mitgetheilten Formel der in diem addictio ein für die Bedeutung der in diem addictio weſentliches Moment gar nicht zum Ausdruck gebracht iſt, nämlich das Moment, daß der Kauf nicht ſchon dadurch, daß das beſſere Gebot erfolgt, ſondern erſt dadurch, daß es vom Verkäufer angenommen wird, aufgelöſt ſein ſoll.

Durch einen Scherz bei Plautus erlangen wir noch von einer anderen, der Pauliniſchen ſehr ähnlichen Formel für die in diem addictio Kenntniß, die im Verkehr nicht unüblich geweſen ſein muß, wenn ſie von Plautus in einer Komödie zu einem Scherz verwandt werden konnte.

In der zweiten Scene des erſten Actes ſeiner Captivi (v. 76. sqq.) läßt nämlich Plautus den Hegio den Paraſiten Ergaſilus zum Eſſen einladen, und ihm dabei, nachdem ſchon verſchiedenes hin und her geſchwätzt iſt, ſagen:

Age sis, rogo emtum;

worauf Ergaſilus antwortete:

Nisi qui meliorem adferet, quae mi atque amicis placeat
condicio magis,
quasi fundum vendam, meis me addicam legibus.[211])

In dieſer ſcherzhaften, einer im Geſchäftsverkehr üblichen Formel für die in diem addictio nachgebildeten Redeform iſt dem Erforderniß, daß in der Formel erwähnt ſein müſſe, daß, nur wenn der Verkäufer das beſſere Gebot annehme, das Kaufgeſchäft aufgelöſt ſein ſolle, vollſtändig Genüge geſchehen durch die Worte: quae mihi atque amicis placeat condicio magis.

Es iſt nicht denkbar, daß in der von Paulus als üblich mitgetheilten Formel dieſem Erforderniß nicht Genüge geſchehen ſei: es es iſt ihm vielmehr vollkommen Genüge geſchehen, und zwar in den Worten: quo res a domino abeat. Dieſe Worte wollen daſſelbe ſagen, was Plautus ausdrückt mit den Worten: quae mihi atque amicis placeat condicio magis; oder Pomponius in l. 15. pr. de in diem add. mit den Worten: quae domino placeat; oder Julian in l. 11. pr. eod. mit den Worten: dum res a venditore discedat; oder Paulus in l. 14. §. 2. eod. mit den Worten: quam venditor comprobavit. Der Sinn der Worte ſoll alſo der ſein: die melior condicio allata müſſe eine ſolche ſein, daß dadurch die Sache auch wirklich von dem dominus abgehe, daß dadurch alſo der dominus ſich veranlaßt ſehe, ſie dem mehr bietenden zuzuſchlagen. Unter dem dominus iſt alſo gerade, wie in der l. 15. pr. cit. in den Worten: quae domino placeat, der Verkäufer zu verſtehen, wie dieß auch durchaus dem lateiniſchen juriſtiſchen Sprachgebrauch entſpricht, wie dieſer ſich in den von Cato[212]) überlieferten Formeln für Kaufgeſchäfte offenbart. Ob außerdem auch noch durch das Wort dominus angedeutet ſein ſoll, daß trotzdem auf Grund des erſten Kaufes tra-

[211]) So wie angegeben ſind die Worte nach einer ſehr plauſibeln Conjectur des Salmaſius unter den Hegio und den Ergaſilus zu vertheilen. cf. oben. p. 14.

[212]) cf. Cato, de re rustica. c. 146. 148—150.

diert werde, der Verkäufer doch noch Eigenthümer bleibe, ist eine Frage, die ich vor der Hand noch offen lassen will.

Wenn man die Worte: quo res a domino abeat, so versteht, wie ich es eben dargestellt habe, so paßt die Formel des Paulus auf die beiden vorhin erwähnten Arten von in diem addictio, auf die suspensivbedingte wie auf die resolutivbedingte, ohne daß es dabei nöthig würde, das Wort dominus so zweideutig zu verstehen, daß es bald mit Käufer, bald mit Verkäufer zu übersetzen wäre. Gerade dieß ist aber wieder ein neues Argument für die Richtigkeit der von mir aufgestellten Interpretation. Die im Verkehr übliche Form für die in diem addictio muß eine zweideutige gewesen sein, sonst hätten die römischen Juristen nicht so leicht darüber streiten können, ob die in diem addictio ein resolutivbedingtes oder ein suspensivbedingtes Geschäft sei.

Die in diem addictio stellt sich dar als eine Art Versteigerung, die nur nicht in einem Act abspielt, sondern die in mehrere Acte zerlegt ist, ohne daß sich jedoch hieraus Schlüsse in Betreff einzelner auf die in diem addictio bezüglicher Rechtsfragen machen ließen. Es wird dieß schon durch das Wort addicere angedeutet, das eigentlich das Zuschlagen bei Versteigerungen bedeutet,[213]) das aber auch sonst in weiterer Bedeutung für Zuschlagen gebraucht wird.[214])

Die in diem addictio scheint hauptsächlich, wenn nicht ausschließlich üblich gewesen zu sein bei Käufen von Sklaven und Grundstücken;[215]) heutzutage scheint sie ein seltenes Geschäft zu sein.

Es ist nicht wahrscheinlich, daß es üblich gewesen wäre, in diem

[213]) cf. Cicero, pro Caecina. § 16. — de lege agraria. fr. 3. — in Verrem actio secunda I, 55. 57. III, 19. 53. 63. — l. 2. § 8. pro emtore.

[214]) cf. Plautus, Mercator. III, 4. v. 31. — Poenulus, II. v. 50. Cicero, ad Atticum. X, 5. Horatius, Satirae. II, 5. v. 108. sqq. l. 7. § 6. pro emtore. l. 22. § 4. mand. l. 15. § 6. 7. de re jud.

[215]) cf. meine Dissertation de rebus sub resolutiva in diem addictionis vel commissoria lege venditis. p. 13. sqq.

addizierte res mancipi zu manzipieren oder in jure zu cedieren. Der Verkäufer hatte das größte Interesse daran, sich für den Fall, daß ein besseres Gebot erfolgen würde, eine rei vindicatio zu erhalten; und der Käufer hatte, selbst wenn er den Preis hätte einstweilen zahlen wollen, kein Interesse daran, daß ihm die Sache manzipiert oder in jure cediert werde, weil er jedenfalls für die Zeit, wo es noch unsicher war, ob der Kauf nicht wieder zurückgehen würde, und wo er doch also immer gefaßt sein mußte, die Sache wieder herausgeben zu müssen, vollständig genug an dem Schutz hatte, den ihm die Publiciana in rem actio und die exceptio rei venditae et traditae zu gewähren im Stande war.

Es läßt sich also von vorn herein als wahrscheinlich bezeichnen, daß in diem addizierte Sachen, wenn der Verkäufer es nicht überhaupt vorzog, sie pendente condicione ganz für sich zu behalten, für die Zeit der Schwebe dem Käufer nur tradiert zu werden pflegten; und ebenso wird es andererseits als durchaus unwahrscheinlich bezeichnet werden müssen, daß ein Käufer, der jeden Augenblick gewärtigen mußte, daß ihm die gekaufte Sache mit einer dinglichen Klage wieder abgenommen werde, den Preis einstweilen im voraus gezahlt habe. Aber auch, daß es üblich gewesen sei, einen Creditvertrag abzuschließen, ist unwahrscheinlich anzunehmen. Der Käufer hatte keinerlei Mittel, den Verkäufer dazu zu zwingen, und kein Interesse, ihn darum anzugehn; der Verkäufer hatte das größte Interesse, den Abschluß eines Creditvertrags zu verweigern, weil er ohne Creditvertrag immer in der Lage war, dem die Waare verderbenden Käufer dieselbe mit seiner rei vindicatio, unterstützt durch eine replicatio doli abzunehmen, wozu er, wenn er einen Creditvertrag abgeschlossen hätte, nie in der Lage gewesen sein würde. Zudem würde er durch einen Creditvertrag und dadurch bewirkten Eigenthumsübergang, wenn auch nur von bonitarischem Eigenthum, auf den Käufer, sich leicht ein besseres Gebot verscherzt haben. Einen stillschweigenden Creditvertrag aber in der Tradition an den Käufer erblicken zu wollen, dazu liegt kein Grund vor.

Was ſich ſoeben als wahrſcheinlich herausgeſtellt hat, wird durch Quellenzeugniſſe zur Gewißheit erhoben.

Daß es nicht üblich war, den Preis pendente condicione zu zahlen, geht, abgeſehen von den nachher zu beſprechenden Stellen, aus denen hervorgeht, daß der Käufer pendente condicione überhaupt nicht Eigenthümer wurde, namentlich aus folgenden Stellen hervor:

1. Aus l. 16. de in diem add.,[216]) worin von Ulpian folgendes Reſcript des Kaiſers Severus erwähnt wird:

> Sicut fructus in diem addictae domus, cum melior conditio fuerit allata, venditori restitui necesse est, ita rursus, quae prior emtor medio tempore necessario probaverit erogata, de reditu retineri, vel si non sufficiat, solvi aequum est.

Wäre der Preis gezahlt geweſen, ſo hätte der Kaiſer als Object einer Gegenforderung des Käufers vor allen Dingen nicht, quae emtor medio tempore necessario probaverit erogata, ſondern die Rückzahlung des Kaufpreiſes erwähnt.

2. Die l. 14. § 1. h. t. von Paulus:

> Sed si emtor alium non idoneum subjecit, eique fundus addictus est, non video, inquit, quemadmodum priori sit emtus, cum alia venditio, et vera postea subsecuta sit; sed verum est, venditorem deceptum ex vendito actionem habere cum priore emtore, quanti sua intersit, id non esse factum; per quam actionem et fructus, quos prior emtor perceperit, et quo deterior res culpa vel dolo malo ejus facta sit, recipiet venditor; et ita Labeoni et Nervae placet.

Hätte Paulus die Möglichkeit in Berückſichtigung zu ziehen für angemeſſen gehalten, was er hätte thun müſſen, wenn es vorgekommen wäre, daß der Käufer den Preis bereits bezahlt gehabt habe, ſo hätte er vor allen Dingen erwähnen müſſen, daß der Verkäufer

[216]) Zur Interpretation dieſer Stelle vergleiche man Thibaut, Civiliſtiſche Abhandlungen. p. 372. Zimmern, im Archiv f. civ. Praxis. V. p. 243. Müller, Civ. Abhandlungen. I. p. 292. sqq.

ſich durch Zurückhaltung eines Theiles oder des ganzen Kaufpreiſes ſchadlos halten könne, und daß er nur wegen etwaigen noch höheren Schadens, oder wenn er etwa den Kaufpreis bereits reſtituiert haben ſollte, eine actio venditi gegen den Käufer aufſtellen können.

Adminiculierend kommt noch hinzu:

3. Die l. 20. de in diem add. von Papinian:

Prior emtor post meliorem condicionem oblatam ob pecuniam in exordio venditori de pretio solutam contra secundum emtorem citra delegationem jure stipulationis interpositam agere non potest.

Es iſt dieß die einzige Stelle, wo bei einer in in diem addictio von einer Anzahlung des Preiſes die Rede iſt. Wäre es Sitte geweſen, den ganzen Preis zu zahlen, ſo würde Papinian gewiß nicht nur von einer Anzahlung geredet haben. Die bloße Anzahlung begründet aber natürlich noch keinen Uebergang des Eigenthums der gekauften Waare, gerade ſo wenig, wie bei der lex commissoria.

Daß aber auch kein Creditvertrag abgeſchloſſen zu werden pflegte, ſondern das Eigenthum der verkauften Sache pendente condicione in diem addictionis bei dem Verkäufer blieb, geht unzweideutig aus folgenden Stellen hervor:

4. Aus der vorhin bei Gelegenheit der lex commissoria beſprochenen l. 38. § 2. ad leg. Falc., wo die in diem addizierte Sache der sub lege commissoria verkauften Sache vollſtändig gleich geſtellt wird, und von beiden behauptet wird, daß ſie in dominio venditoris ſeien.

5. Aus der l. 11. § 10. quod vi aut clam. Die Stelle iſt von Ulpian, deſſen einundſiebzigſtem Buche ad Edictum entnommen, und lautet folgendermaßen:

Si fundus in diem addictus sit, cui competat interdictum. Et ait Julianus, interdictum quod vi aut clam ei competere, cujus interfuit opus non fieri; fundo enim in diem addicto

et commodum et incommodum omne ad emtorem, inquit, pertinet, antequam venditio transferatur; et ideo si quid tunc vi aut clam factum est, quamvis melior conditio allata fuerit, ipse utile interdictum habebit; sed eam actionem sicut fructus medio tempore perceptos, venditi judicio praestare cogendum ait.

6. Der gleiche Ausſpruch des Julian wird in l. 4. §4. de in diem add. von Ulpian referiert.

Im §11. der l. 11. quod vi aut clam wird eine anderweite in den ſtrengen Zuſammenhang nicht gehörige Bemerkung eingeſchoben, und im § 12. wird dann weiter auseinandergeſetzt, daß dem Käufer, dem in diem addiziert ſei, nur dann das interdictum quod vi aut clam zuſtehn könne, wenn wenigſtens precaria possessio auf ihn übertragen ſei, oder wenn er doch wenigſtens das gekaufte Grundſtück für die Dauer der Möglichkeit der Wiederauflöſung des Kaufgeſchäfts gepachtet habe; daß er aber, wenn er nicht einmal Detention habe, auch kein interdictum quod vi aut clam anſtellen könne; und dann heißt es weiter:

Plane si posteaquam melior condicio allata est, aliquid operis vi aut clam factum sit, nec Julianus dubitaret, interdictum venditori competere. Nam inter Cassium et Julianum de illo quod medio tempore accidit, quaestio est, non de eo opere, quod postea contingit.

War in der Zwiſchenzeit der Käufer wenn auch nur bonitariſcher Eigenthümer der in diem addizierten Sache, ſo war ein Streit darüber, ob er, wenn auf dem gekauften Grundſtück eine Vorrichtung vi oder clam gemacht werde, das interdictum quod vi aut clam anſtellen könne, gar nicht denkbar, und würde Julian die Zuſtändigkeit des interdictum quod vi aut clam für den Käufer gewiß nicht ſo weitläuftig zu demonſtrieren für nothwendig gehalten haben, wie er es nach den Referaten der l. 11. §10. cit. und der l. 4. § 4. cit. gethan hat. Der Streit konnte nur entſtehen, und die Demonſtrationen Julians ſind nur begreiflich, wenn man ſich einen Käufer,

dem eine Sache in diem addiziert worden ist, für die Dauer der Pendenz der Wiederauflösung des Kaufgeschäfts höchstens als Besitzer der gekauften Sache zu denken hat.[217]) Daß er nicht als quiritarischer Eigenthümer zu denken ist, indem ihm die Sache einstweilen manzipiert oder in jure cediert worden sei, geht vollends ganz klar daraus hervor, daß es für unzweifelhaft erklärt wird, daß, sobald ein besseres Gebot erfolgt sei, für den Käufer ein interdictum quod vi aut clam nicht mehr zur Entstehung kommen könne, während doch durch Erfolg des besseren Gebotes allein sein quiritarisches Eigenthum unmöglich vernichtet sein könnte.

7. Auch die vorhin besprochene l. 1. de in diem add. ist hier nochmals zu erwähnen, indem die Bezeichnung des Verkäufers als dominus viel prägnanter erscheint, wenn sowohl im Fall einer suspensivbedingten, wie im Fall einer resolutivbedingten in diem addictio der Verkäufer pendente condicione Eigenthümer bleibt.

8. Ferner kommt hier in Betracht l. 41. pr. de R. V. Diese Stelle ist von Ulpian und lautet folgendermaßen:

> Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam meliorem condicionem jam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit.

Sowohl über die Verschiedenheit der beiden von Ulpian in dieser Stelle besprochenen Fälle, wie darüber, wie es zu erklären sei, daß, antequam adjectio sit facta, der Käufer eine in rem actio habe, während er postea ea uti non poterit, sind schon die verschiedenartigsten, theils wunderlichsten Meinungen aufgestellt worden.

Ulpian soll zuerst von einer beweglichen, dann von einer un-

[217]) cf. Engelmann, der Rückfall des Eigenthums im römischen Recht. p. 63. sqq. — Man vergleiche außerdem Zimmern, im Archiv f. civ. Praxis. V. p. 247. Müller, Civilistische Abhandlungen. I. p. 297. sqq.

beweglichen Sache reden,[218]) oder zuerſt von einer reſolutivbedingten, dann von einer ſuſpenſivbedingten in diem addictio,[219]) oder zuerſt von einem Fall, wo die Contrahenten verba obliqua, und dann von einem Fall, wo ſie verba directa gebraucht hätten.[220]) Oder es ſoll zuerſt von einem Fall die Rede ſein, wo für die Zuläſſigkeit der Annahme eines beſſeren Gebotes kein beſtimmter Endtermin geſetzt ſei, und dann von einem Fall, wo ein ſolcher geſetzt ſei.[221]) Oder es ſoll zuerſt von dem Fall die Rede ſei, wo ſich für den Erfolg eines beſſeren Gebotes der Käufer, und dann von dem Fall, wo ſich der Verkäufer das Recht des Rücktritts vorbehalten habe.[222]) Oder es ſoll gar Ulpian aus Geſchwätzigkeit denſelben Fall zweimal behandeln.[223])

Die in rem actio ſoll nur, antequam adjectio sit facta, nicht aber auch nachher dem Käufer zuſtehn, weil dieſer zwar pendente condicione resolutionis Eigenthümer ſei, existente condicione aber aufhöre, es zu ſein,[224]) oder weil doch wenigſtens fingiert werde,

[218]) cf. Glossa ad h. l. Faber, Rationalia in Pandectas, ad h. l.

[219]) cf. Cujacius, Recitationes in tit. de R. V. ad l. 42. Rieſſer, in Zeitſchrift f. Civilrecht und Proceß. II. p. 302. sqq. ſ. weiter unten Anm. 229.

[220]) cf. Bartolus, in Digestum vetus, ad h. l.

[221]) cf. Glossa ad h. l. J. H. Boehmer, Exercitationes ad Pandectas, lib I. tit. I. Exerc. IV. § 32.

[222]) cf. Müller, Civ. Abhandlungen. I. p. 285. sqq.

[223]) cf. Thibaut, im Archiv f. civ. Praxis. XVI. p. 410. 411. not. 22.

[224]) Hier beſteht eine weitere Meinungsverſchiedenheit in der Richtung, ob dadurch, daß der Käufer aufhöre, Eigenthümer zu ſein, der Verkäufer wieder Eigenthümer werde, — ſo z. B. Thibaut, Civ. Abhandlungen. p 371. Zimmern, im Archiv. f. civ. Praxis. V. p. 243. Glück, Commentar. XVI. p. 265. Thibaut, im Archiv f. civ. Praxis. XVI. p. 410. Müller, Civ. Abhandlungen. I. p. 284. Sell, Ueber bedingte Traditionen. p. 228. Bangerow, Pandecten. I. § 96. Fitting, in Zeitſchrift f. Handelsrecht. II. p 257. Levi, Se per Diritto Romano verificandosi la condizione risolutiva apposta ad un atto traslativo di proprietà, questa torni o no ipso jure, all' alienante. Tesi

daß er aufhöre, es zu ſein;[225]) oder nach antejuſtinianeiſchem Recht, weil er wenigſtens pendente condicione resolutionis, aber nicht mehr existente condicione resolutionis bonitariſcher Eigenthümer ſei.[226]) Oder Ulpian ſoll gar nicht ſagen, daß die in rem actio, postquam adjectio sit facta, dem Käufer gar nicht mehr zuſtehe, ſondern nur, daß ſie, wenn ſie der Käufer gegen den Verkäufer anſtelle, durch eine exceptio entkräftet werden könne.[227]) Oder die in rem actio ſoll deswegen post allatam meliorem condicionem dem Käufer nicht mehr zuſtehn, weil er nunmehr verpflichtet ſei, ſie dem Verkäufer zu cedieren und dieſe Ceſſion fingiert werde.[228]) Oder es ſoll gar überhaupt nicht von einer dem Käufer, ſondern von einer dem Verkäufer zuſtehenden in rem actio in der Stelle die Rede ſein, und ſoll zwar zuerſt geſagt ſein, daß im Fall einer reſolutivbedingten in diem addictio post allatam meliorem condicionem der Verkäufer die Sache nicht mit einer in rem actio zurückverlangen könne, und dann, daß er auch im Fall einer ſuſpenſivbedingten in diem addictio post allata meliorem condicionem dann nicht gegen den Käufer mit einer in rem actio auftreten könne, wenn dieſer in das von einem anderen gethane beſſere Gebot eintrete.[229])

di Laurea. p. 20. 11.; ebenſo, aber nur für das juſtinianeiſche Recht, Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung. p. 63. — oder ob dieß nicht der Fall ſei; ſo Faber, Rationalia ad Pandectas, ad h. l.

[225]) cf. Cujacius, in tit. D. de R. V. ad l. 42. Noodt, Commentarius ad Digesta, lib. XVIII. tit. III. fin.

[226]) cf. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbeſtimmungen bei Rechtsgeſchäften. p. 236. Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung. p. 57. sqq.

[227]) cf. J. H. Boehmer, Exercitationes ad Pandectas, lib. I. tit. I. Exerc. IV. § 30—32. Hellfeld, Jurisprudentia forensis. Editio novissima cura Oeltze. § 1004. Musset. Observationes quaedam de conventionibus ad condicionem initis. p. 18. sqq. Vielleicht auch Malblanc, Principia juris Romani. § 266. 540. 541.

[228]) cf. Rieſſer, in Zeitſchrift f. Civilrecht und Proceß. II. p. 295. sqq. Maynz, Elements de droit Romain. II. § 331. not. 39.

[229]) cf. Rieſſer. l. c. p. 302. sqq.

Folgende Interpretation der l. 41. pr. cit. ergiebt sich aus den bisherigen Auseinandersetzungen über die in diem addictio von selbst:

Die beiden von Ulpian besprochenen Fälle unterscheiden sich dadurch von einander, daß der zweite sich als wahre in diem addictio darstellt, im ersten Fall aber ein mit einem Nebengeschäft des Inhalts verbundenes Kaufgeschäft vorliegt, daß das Kaufgeschäft bereits dadurch aufgelöst werden solle, daß ein besseres Gebot erfolge, auch wenn der Verkäufer dieses bessere Gebot nicht annehme, so daß also auch der Käufer, sobald ein besseres Gebot erfolgt sei, ein Rücktrittrecht habe.[230])

In beiden Fällen nimmt Ulpian an, daß der verkaufte fundus nur tradiert, nicht daß er manzipiert oder in jure cediert worden ist, und giebt deshalb pedente condicione resolutionis dem Käufer nur die Publiciana in rem actio.[231]) Daß Ulpian wirklich nur annimmt, daß der fundus tradiert sei, und wirklich unter der in rem actio keine rei vindicatio, sondern nur eine Publiciana in rem actio versteht, geht aufs entschiedenste daraus hervor, daß er existente condicione resolutionis die in rem actio des Käufers untergehn läßt. Eine durch Manzipation oder Injurecession begründete rei vindicatio des Käufers würde nach anerkannten Grundsätzen existente condicione resolutionis nicht untergehn können. Daß dagegen die Publiciana in rem actio des Käufers existente condicione resolutionis untergeht, erklärt sich daraus, daß durch Eintritt der Bedingung die zur Begründung der Publiciana nothwendige justa causa beseitigt ist. Zur weiteren Unterstützung, daß Ulpian unter der in rem actio keine rei vindicatio, sondern nur eine Publiciana in rem

[230]) cf. Levi. Se per Diritto Romano etc. p. 20.

[231]) Engelmann, der Rückfall des Eigenthums im römischen Recht. p. 64. sqq., versteht unter der in rem actio nicht die Publiciana in rem actio, sondern irgend eine andere undefinierbare utilis in rem actio. cf. meine Dissertation de rebus etc. p 62. und meine Schrift über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio. p. 73.

actio verſteht, dient auch der § 1. der l. 41. cit., welcher folgendermaßen lautet:

> Si servus mihi vel filius familius fundum vendidit et tradidit, habens liberam peculii administrationem, in rem actione uti potero. Sed et si domini voluntate domini rem tradat, idem erit dicendum: quemadmodum cum procurator voluntate domini vendidit vel (et?) tradidit, in rem actionem mihi praestabit.

Hier werden venditio und traditio eines Grundſtücks als Grund für eine in rem actio genannt; dieß kann im Munde Ulpians nur die Publiciana in rem actio, nicht die rei vindicatio ſein, und daß auch Ulpian nur von venditio und traditio geſprochen hat, und nicht etwa von mancipatio oder in jure cessio, was dann die Compilatoren nur ausgemerzt hätten, beweiſt der Umſtand, daß Ulpian auf Grund eines von einem freien Stellvertreter vorgenommenen Rechtsgeſchäfts die in rem actio giebt, mancipatio und in jure cessio aber keine Stellvertretung zulaſſen.

Ob ſich allerdings Ulpian im principium die Käufer pendente condicione resolutionis als bonitariſche Eigenthümer oder nur als bonae fidei possessores denkt, läßt ſich ſeinen Entſcheidungen nicht anſehn, da ihnen die Publiciana in rem actio gleichmäßig als bonae fidei possessoribus wie als Eigenthümern zuſtehn würde. Das natürlichſte iſt jedenfalls anzunehmen, daß Ulpian ſich die Fälle der l. 41. pr. nicht anders geartet denkt, als er und die anderen Juriſten die in den anderen citierten Stellen aufgeführten Fälle von in diem addictio ſich denken, daß alſo die Käufer nicht als bonitariſche Eigenthümer, ſondern nur als bonae fidei possessores zu betrachten ſind; und für das juſtinianiſche Recht iſt dieſe Annahme als allein mögliche Annahme übrig geblieben.

9. Die l. 4. § 3. de in diem add. Dieſe Stelle iſt von Ulpian und lautet folgendermaßen:

> Sed et Marcellus libro quinto Digestorum scribit, pure

vendito et in diem addicto fundo, si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret.

Wenn ein publicianiſcher Beſitzer die von ihm beſeſſene Sache verpfändet, ſo ſchützt der Prätor den Pfandgläubiger in demſelben Umfang mit der Serviana, wie den Verpfänder mit der Publiciana in rem actio.[232]) Daß Ulpian und Marcellus das in l. 4. § 3. cit. beſtellte Pfandrecht nicht gültig ſein laſſen, weil es von einem quiritariſchen Eigenthümer beſtellt ſei, geht, abgeſehen von allem anderen, ſchon daraus hervor, daß ſie es existente condicione untergehn laſſen, während ein von einem quiritariſchen Eigenthümer beſtelltes Pfandrecht existente condicione nicht untergehn könnte. Daß Ulpian ſich aber den Verpfänder nicht als bonitariſchen Eigenthümer,[233]) ſondern nur als bonae fidei possessor denkt, geht aus dem Zuſammenhang des in Rede ſtehenden § 3. mit dem vorhin beſprochenen § 4. hervor, in dem es über jeden Zweifel erhaben iſt, daß der Käufer nicht als bonitariſcher Eigenthümer, ſondern, weil er den Preis noch nicht gezahlt hat, und ihm auch nicht creditiert iſt, nur als bonae fidei possessor zu denken iſt. Vollends im juſtinianeiſchen Recht wäre eine andere Auffaſſung, als die, daß der Käufer nur bonae fidei possessor wäre, gar nicht möglich.

Zweifel könnten die Schlußworte: ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, erregen. Daß dieſe Worte von Ulpian und nicht von Marcellus ſind,[234]) ergiebt ihre Faſſung. Ulpian will damit weiter nichts ſagen, als daß man aus der Entſcheidung des Marcellus erſehe, daß er ſich die in diem addictio als reſolutivbedingten und nicht als ſuſpenſivbedingten Kauf denke;

[232]) cf. l. 18. l. 21. § 1. de pign. arg. l. 16. § 2. de pign. act. l. 31. de pign. Dernburg, Pfandrecht. I. p. 222. sqq.

[233]) cf. Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung. p. 59.

[234]) cf. Vangerow, Pandekten. I. § 96.

andernfalls hätte er nicht von Gültigkeit des Pfandes in der Zwischenzeit reden können. Mit dem Wort dominus bezeichnet Ulpian den Käufer als mit der Publiciana in rem actio und der exceptio rei venditae et traditae geſchützten Beſitzer, ein Sprachgebrauch der in l. 15. de R. V. wiederkehrt,[235]) wie überhaupt die Worte dominus und dominium nicht dieſelbe excluſiv techniſche Bedeutung haben, wie die Worte proprietas und proprietarius, ſondern weiter nichts als ein Herrſchaftsverhältniß bezeichnen wollen, weshalb man auch von einem dominium ususfructus reden kann, nie aber von einer proprietas ususfructus.

Auch der l. 4. § 3. cit. ſind ſchon gar manche andere mit der ſoeben gegebenen in Widerſpruch ſtehende Interpretationen zu Theil geworden. Eine ſehr verbreitete Meinung iſt die, daß das Pfandrecht pendente condicione resolutionis für gültig, existente condicione aber für hinfällig erklärt ſei, weil der verpfändende Käufer zwar pendente condicione Eigenthümer ſei, existente condicione aber ipso jure aufhöre, es zu ſein;[236]) oder wer an dieſen ipso jure erfolgenden Untergang des Eigenthums des Käufers nicht glauben wollte, hat wohl den Satz zu rechtfertigen verſucht, daß das gültig beſtellte Pfand-

[235]) cf. Glossa ad h. c., ad vocem dominio.

[236]) cf. Thibaut, Civiliſtiſche Abhandlungen. p. 367. 371. Zimmern, im Archiv f. civ. Praxis. V. p. 242. 250. Thibaut, im Archiv f. civ. Praxis. XVI. p. 409. Müller, Civiliſtiſche Abhandlungen. I. p. 275. Sell, Ueber bedingte Traditionen. p. 226. 253. Bangerow, Pandekten. I. § 96. Fitting, in Zeitſchrift f. Handelsrecht. II. p. 251. 258. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbeſtimmungen bei Rechtsgeſchäften. p. 234. Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung. p. 63. (vergl. oben Anm. 233.) Brinz, Pandekten. p. 1493. Levi, Se per Diritto Romano verificandosi la condizione risolutiva apposta ad un atto traslativo di proprietà, questa torni o no ipso jure all' alienante. p. 13. — Man vergleiche auch Faber, Rationalia ad Pandectas, ad l. 41. de R. V., der das Pfandrecht untergehn läßt, weil er zwar zugiebt, daß der Käufer existente condicione aufhöre, Eigenthümer zu ſein, nicht aber auch, daß der Verkäufer es von ſelbſt wieder werde.

recht untergehe, wenn der Käufer nach Reſolution des Kaufgeſchäftes durch Eintritt der Bedingung ſein Eigenthum an den Verkäufer zurücktradiert habe.[237]) Andere wollen die l. 4. § 3. cit. von ſuſpenſivbedingter in diem add. verſtehen;[238]) und noch andere halten den Text für corrumpiert, und wollen entweder vor desinere das Wort non einſchieben,[239]) oder nehmen an, daß vor dem Satz: ex quo colligitur etc. ein ganzer Satz ausgefallen ſei, und daß deshalb eine genügende Interpretation der l. 4. § 3. cit. gar nicht möglich ſei[240])

10. Die l. 3. quib. mod. pign., ebenfalls von Ulpian:

> Si res distracta fuerit sic: nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior condicio offeretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto Digestorum ait, finiri pignus, si melior condicio fuerit allata, quanquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.

In ihrem auf die in diem addictio bezüglichen Theile iſt dieſe Stelle gerade ſo zu interpretieren, wie die vorige; von ihrem das pactum displicentiae betreffenden Inhalt wird ſpäter die Rede ſein.

Die Stelle von ſuſpenſivbedingter in diem addictio zu verſtehen, iſt unmöglich wegen der Zuſammenſtellung der in diem addictio mit dem pactum displicentiae, und weil ſie offenbar denſelben Aus-

[237]) cf. Ebert, De eo quod fit ipso jure; in Stryk, Diss. jurid. Vol. V. num. 12. p. 439. Hellfeld, Jurisprudentia forensis. Editio novissima. Cura Oeltze. § 1105. Malblanc, principia juris Romani. § 582. (coll. § 540.) Musset, Observationes quaedam de conventionibus ad condicionem initis. cap. II.

[238]) cf. Cujacius, in tit. de R. V. ad l. 42.

[239]) cf. Rieſſer, in Zeitſchrift f. Civilrecht und Proceß. II. p. 288. sqq. Maynz, Elements de droit Romain. II. § 231. not. 39.

[240]) cf. Engelmann, der Rückfall des Eigenthums im römiſchen Recht. p. 67. sqq. Dagegen meine Diſſertation de rebus etc. p. 62.

ſpruch des Marcellus, wie die ſoeben beſprochene l. 4. § 3. de in diem add. referiert.[241])

11. Die l. 9. de aqua.

Die Worte dieſes Geſetzes lauten folgendermaßen:

Paulus libro XLIX. ad Edictum.

In diem addicto praedio et emtoris et venditoris voluntas exquirenda est, ut sive remanserit penes emtorem, sive recesserit, certum sit voluntate domini factam aquae cessionem. § 1. Ideo autem voluntas exigitur, ne dominus ignorans injuriam accipiat; nullam enim potest videri injuriam accipere, qui semel voluit. § 2. Non autem solius ejus, ad quem jus aquae pertinebit, voluntas exigitur in aquae cessione, sed etiam domini locorum, etsi dominus uti ea aqua non possit, quia recidere jus solidum ad eum potest.

In der Stelle ſteht jedenfalls, daß, wer ſich an einem praedium in diem addictum eine unanfechtbare Waſſerſervitut beſtellen laſſen wolle, ſie ſich ſowohl vom Käufer, wie vom Verkäufer beſtellen laſſen müſſe. Es erklärt ſich dieſer Ausſpruch des Paulus ſehr wohl bei der Annahme, Paulus habe ſich das in diem addizierte Grundſtück als noch im vollen Eigenthum des Verkäufers ſtehend, den Käufer aber als deſſen publicianiſchen Beſitzer gedacht. Der Verkäufer war als Eigenthümer noch im Stande, gültige Servituten an dem Grundſtück zu beſtellen; der Geltendmachung dieſer Servituten konnte ſich aber der Käufer mit denſelben Rechtsmitteln widerſetzen, die ihm auch gegen den ſein Eigenthum geltend machenden Beſteller der Servitut zuſtanden. Umgekehrt war auch der Käufer bereits in der Lage, Servituten an dem gekauften Grundſtück beſtellen zu können. Derjenige, dem die Servitut beſtellt wurde, er-

[241]) cf. Cujacius, in tit. de R V. ad l. 42. Ebert, De eo quod fit ipso jure. p. 439. Rieſſer, in Zeitſchrift f. Civilrecht und Proceß. II. p. 288. Maynz, Elements de droit Romain. II. § 231. not. 39.

ward aber dadurch zunächst noch keine wirkliche Servitut, sondern er wurde nur im Genuß der Servitut durch der Publiciana in rem actio und der exceptio rei venditae et traditae des Bestellers entsprechende Rechtsmittel geschützt, und ward vollständig rechtlos, sowie durch Eintritt der Resolutivbedingung das Recht des Bestellers unterging. Wer also eine auf alle Fälle bestehende und gesicherte Servitut erwerben wollte, mußte sie sich sowohl vom Käufer, wie vom Verkäufer bestellen lassen, ut certum sit, voluntate domini factam aquae cessionem, damit es sicher sei, daß die Servitut ihm von einem dazu berechtigten, von dem, der schließlich definitiv Eigenthümer sein werde, bestellt sei.

Ob das, was dann weiter noch in der Stelle im § 1 und 2 gesagt wird, zur Erläuterung des pr. dienen soll,[242]) oder nicht vielmehr Bemerkungen sind, die außer jeglichem näheren Zusammenhang zum pr. stehen, ist zweifelhaft und indifferent; die Wahrscheinlichkeit streitet dafür, daß die Bemerkungen der §§ 1 und 2. in keinem näheren Zusammenhang zum pr. stehen. Denn einmal ist es nicht wahr, daß der Consens des Verkäufers und des Käufers zur Bestellung einer Servitut an einem praedium in diem addictum verlangt wird, ne dominus injuriam accipiat, sondern er wird verlangt, damit jedenfalls eine gültige Servitut zu Stande komme. Riskiert der Erwerber der Servitut, sie sich nur von dem einen Theil bestellen zu lassen, so hat er, wenn die Bedingung sich zu dessen Gunsten entschieden hat, jedenfalls eine gültige Servitut erworben, trotzdem, daß im Augenblick der Bestellung die Möglichkeit vorlag, daß durch die Bestellung, als von einem unberechtigten ausgehend, gar keine Servitut zu Stande komme. Und zweitens wäre die Bezeichnung des unter einer Resolutivbedingung gekauft habenden Käufers eines Grundstücks als dessen, ad quem jus aquae pertinebit, und des Verkäufers als dominus

[242]) cf. Müller, Civilistische Abhandlungen. I. p. 272. sqq. Vangerow, Pandekten. I. § 96.

locorum, ad quem recidere jus solidum potest, doch jedenfalls eine mehr als sonderbare. Die wahren Beziehungen der §§ 1 und 2. der aus ihrem Zusammenhang gerissenen l. 9. cit. sind aber nicht mehr erkennbar. Vielleicht gehört die ganze l. 9. cit. in einen Zusammenhang, in welchem ein ähnlicher Fall besprochen wurde, wie in l. 33. § 1. de S. P. R., oder in l. 8. de aqua, oder in c. 4. de servit. et aqua. 3. 34., oder der am Schluß der l. 2. de rivis erwähnte.[243])

Man hat den Ausspruch des Paulus im pr. der l. 9. cit. damit rechtfertigen wollen, daß man annahm, Paulus denke sich den Käufer als interimistischen Eigenthümer des in diem addizierten Grundstücks, der, sobald die Bedingung der Resolution des Kaufgeschäfts eintrete, ipso jure wieder aufhöre, Eigenthümer zu sein,[244]) eine Annahme, die für Paulus, zu dessen Zeit Eigenthum an Grundstücken durch mancipatio oder in jure cessio übertragen ward, geradezu unmöglich ist. Als bonitarischen Eigenthümer könnte sich Paulus den Käufer allenfalls gedacht haben, aber diese Annahme ist nicht nöthig und mit Rücksicht auf die meisten bisher besprochenen, von in diem addictio handelnden Stellen im höchsten Grade unwahrscheinlich.

12. Wie sub lege commissoria verkaufte Sachen pendente condicione resolutionis, trotzdem daß weder der Preis gezahlt noch creditiert worden ist, vom Käufer usukapiert werden können, nur nicht zum Nachtheil des Verkäufers, so gilt dasselbe von in diem addizierten Gegenständen, wie dieß ganz klar ausgesprochen ist in l. 2. § 1. l. 4. pr. de in diem add. und in l. 2. § 4. pro emt., welche Stellen folgendermaßen lauten:

[243]) Man vergleiche auch Cujacius, in librum XLIX. Pauli ad Edictum, ad l. 9. cit. Schulting, Notae ad Digesta. Ed. Smallenburg, IV. p. 183. Thibaut, im Archiv f. civ. Praxis. XVI. p. 415. 416.

[244]) cf. Thibaut, im Archiv f. civ Praxis. XVI. p. 415. Müller, Civ. Abhandlungen. I. 271. sqq. Bangerow, Pandekten I. § 96. Fitting, in Zeitschrift f. Handelsrecht. II. p. 257. Brinz, Pandekten. p. 1493. Levi, Se per Diritto Romano etc. p. 26.

l. 2. § 1. l. 4. pr. de in diem add.

Ulpianus libro XXVIII. ad Sabinum.

Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, Julianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere, si res interierit, (l. 4.) ubi autem condicionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum posse, nec fructus ad eum pertinere.

l. 2. § 4. pro emtore.

Paulus libro LIV. ad Edictum.

Si in diem addictio facta sit, id est, nisi si quis meliorem condicionem attulerit, perfectam esse emtionem et fructus emtoris effici et usucapionem procedere Julianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam; ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est.

3) Die vom pactum displicentiae redenden Stellen.

Das pactum displicentiae iſt ein Nebenvertrag zu einem Kaufvertrag, wodurch ſich der Käufer das Recht vorbehält, wenn ihm die Waare nicht zuſagt, vom Kaufvertrag zurücktreten zu dürfen. Das pactum displicentae iſt alſo im Gegenſatz zur lex commissoria und zu dem in der in diem addictio enthaltenen Nebenvertrag ein Nebenvertrag zu Gunſten des Käufers. Das pactum displicentiae wird von den römiſchen Juriſten ſtets als Reſolutivbedingung behandelt. So ſagt Ulpian in l. 3. de contr. emt.:

Si res ita distracta sit, ut si displicuisset, inemta esset, constat non esse sub condicione distractam sed resolvi emtionem sub condicione;

und in vollſtändiger Uebereinſtimmung damit Paulus in l. 2. § 5. pro emtore:

Sed et illa emtio pura est, ubi convenit, ut si displicuisset intra diem certum, inemta esset.

Damit ſoll natürlich nicht geſagt ſein, daß nicht auch eine Ne-

benberedung des Inhalts möglich sei, daß das Kaufgeschäft erst zu Stande kommen solle, wenn der Käufer die Waare geprüft und gut befunden habe; nur ist eine derartige Nebenberedung kein pactum displicentiae.

Wenn eine Sache cum pacto displicentiae verkauft ist, wird regelmäßig der Käufer den Preis noch nicht zahlen, so lange es noch bei ihm steht, beliebig vom Kauf zurückzutreten, und wird auch regelmäßig ein Creditvertrag nicht anzunehmen sein, so daß also der Käufer durch Tradition der Waare nur erst juristischer Besitzer und erst später Eigenthümer wird. Doch läßt sich in Betreff der meisten der von pactum displicentiae handelnden Stellen nicht mit derselben Bestimmtheit, wie in Betreff der von lex commissoria oder in diem addictio handelnden Stellen, nachweisen, daß die Juristen von denen sie herrühren, sich den von ihnen besprochenen Fall so gedacht hätten, als wäre der Käufer während der Schwebe der Bedingung des auflösenden Nebenvertrags nur Besitzer, nicht Eigenthümer. Die Entscheidungen der meisten Stellen sind gerade so richtig, wenn man sich den Käufer lediglich als Besitzer, wie wenn man sich ihn als Eigenthümer denkt, und enthalten die meisten Stellen auch weiter keine Anhaltspunkte zur Entscheidung der Frage, ob der Käufer als Besitzer oder als Eigenthümer zu denken sei. Da nun solche indifferent gehaltenen Stellen auch nicht leicht zu dem Beweis verwandt werden konnten, daß während Schwebe der Bedingung des auflösenden Nebenvertrags auf den Käufer übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung von selbst an den Verkäufer zurückfalle, so erklärt es sich, daß die von pactum displicentiae handelnden Stellen in der Lehre von der Wirkung einer mit einer Eigenthumstradition verbundenen Resolutivbedingung eine sehr untergeordnete Rolle spielen.[245])

[245]) cf. Zimmern, im Archiv f. civ. Praxis. V. p. 248. Fitting, in Zeitschrift f. Handelsrecht. II. p. 268. sqq. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 43. sqq.

Am meiſten iſt die vorhin bereits bei Gelegenheit der Darſtellung der Lehre von der in diem addictio erwähnte l. 3. quib. mod. pign. benutzt worden zur Unterſtützung des Satzes, daß unter einer Reſolutivbedingung tradiertes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung von ſelbſt an den Tradenten zurückfalle. Aber gerade in ihrem auf das pactum displicentiae bezüglichen Theil macht dieſe Stelle, wenn man jenen Satz als allgemein richtige Regel anerkennt, eigenthümliche Schwierigkeiten; denn in Betreff des pactum displicentiae heißt es:

quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.

Man hat auf Grund dieſer Entſcheidung für das pactum displicentiae eine Ausnahme von der allgemeinen Regel ſtatuiert, daß unter einer Reſolutivbedingung tradiertes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung von ſelbſt zurückfalle,[246]) und hat gerade in dieſer Ausnahme eine neue Beſtätigung der Regel zu finden geglaubt. Hat ſich im vorigen ergeben, daß der erſte in der Stelle beſprochene Fall von in diem addictio ſo geartet zu denken iſt, daß der Käufer überhaupt niemals Eigenthümer der in diem addizierten Sache geworden war, ſondern daß er nur publizianiſcher Beſitzer derſelben war, und daß das von ihm beſtellte Pfandrecht für die Dauer der Exiſtenz des Kaufgeſchäfts als zu Recht beſtehend angeſehen wird, weil der Prätor den Pfandgläubiger in demſelben Umfang durch die Serviana in rem actio ſchützt, wie den Verpfänder durch die Publiciana in rem actio, ſo iſt es nicht angängig, den zweiten in der Stelle beſprochenen Fall von pactum displicentiae anders geartet zu denken. Auch der Käufer, der cum pacto displicentiae gekauft und tradiert erhalten hat, wird von Ulpian und Marcellus nur als publizianiſcher Beſitzer gedacht, aber doch behauptet, daß, wenn er

[246]) Ueber die verſchiedenen in Betreff der Begründung dieſer Ausnahme aufgeſtellten Anſichten vergleiche man Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung. p. 59. sqq.

von ſeinem pactum displicentiae Gebrauch mache, das von ihm inzwiſchen beſtellte Pfand nicht untergehe, weil es nicht in das Belieben des Verpfänders geſtellt ſein kann, durch eine willkürlich von ihm vorzunehmende Handlung ein von ihm ſelbſt beſtelltes Pfand zu vernichten. Natürlich kann auch dem Verkäufer, der eine pfandfreie Sache verkauft hatte, nicht zugemuthet werden, eine mit einem Pfand beſchwerte Sache zurückzunehmen; und das Reſultat dieſer beiden Sätze iſt das, daß der Käufer, der die Waare verpfändet hat, nur dann noch von ſeinem pactum displicentiae Gebrauch machen kann, wenn er vorher das auf die Waare gelegte Pfandrecht wieder abgelöſt hat.[247])

Gerade wie der in l. 4. quib. mod. pign. behandelte iſt auch der in der ebenfalls von Ulpian herrührenden und vorhin bereits bei Gelegenheit der Beſprechung der lex commissoria erläuterten l. 11. § 13. quod vi aut clam beſprochene Fall von pactum displicentiae ſo geartet zu denken, daß durch die Tradition der cum pacto displicentiae verkauften Sache nur publizianiſcher Beſitz auf den Käufer übertragen iſt; denn wenn dieſer Eigenthümer wäre, wäre die Erwähnung, daß er auch ein interdictum quod vi aut clam anſtellen könne, gar zu unnöthig.

Stellen, wie l. 6. de resc. vend.

Paulus libro II. ad Edictum.

Si convenit, ut res, quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex emto actio est, aut proxima emti in factum datur;

oder l. 31. § 22. de aed. ed.

Ulpianus libro I. ad Edictum aedilium curulium.

Si quid ita venierit, ut nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, an conventio rata habetur. Si autem de tempore nihil convenerit . . .

[247]) arg. l. 4. pr. quib. mod. pign. l. 21. § 1. l. 43. § 8. de aed. ed.

oder c. 4. de aedil. act. 4, 58.

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Falso.

Si praedium quis sub ea lege comparavit, ut si displicuerit. inemtum sit, id utpote sub condicione venditum resolvi, et redhibitoriam adversus venditorem competere, palam est.

sind vollständig indifferent, weil dem Käufer eine actio emti, oder proxima emti in factum, oder redhibitoria gerade sowohl zustehn muß, wenn er Eigenthümer, wie wenn er irgendwie qualifizierter Besitzer ist. Die l. 20. § 1. de praescr. verb. und die l. 52. § 3. ad leg. Aquiliam reden gar nicht von Fällen eines pactum displicentiae.[248])

Uebrigens bestätigen die sämmtlichen in diesem Abschnitt besprochenen Gesetze, daß der Eintritt der in einem resolutivbedingten Geschäft enthaltenen Bedingung zurückgezogen wird, insoweit sich über diese Frage überhaupt etwas aus jenen Stellen abnehmen läßt. Allerdings bestätigen sie es nicht deswegen, weil sie anerkennten, daß unter einer Resolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung ipso jure zurückfiele, denn einmal würde, auch wenn sie diesen Satz aussprächen, derselbe keine Folge der Rückziehung der Bedingung,[249]) sondern eine Folge des bedingt auflösenden Nebengeschäfts sein, die dasselbe, auch wenn es nicht bedingt, sondern etwa betagt wäre, eben so haben würde; und zweitens sprechen sie diesen Satz gar nicht aus; sondern sie bestätigen es durch ihre Aussprüche über Früchte und Impensen, und pendente condicione für den dominus zur Existenz gekommene Klagen; und kommt dagegen weder in Betracht, daß sie behufs Forderung der Früchte dem Rückforderungsberechtigten nur eine persönliche Klage geben,[250]) denn dieß resultiert

[248]) cf. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 47. sqq.

[249]) cf. Zimmern, im Archiv f. civ. Praxis. V. p. 237. Brinz, Pandekten. p. 1492. Serafini, in Archivio giuridico. XIV. p. 573. — Man vergleiche Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 38.

[250]) cf. Fitting, in Zeitschrift f. Handelsrecht. II. p. 256. 257.

daraus, daß das Eigenthum an den Früchten nicht ipso jure übergehn kann, nicht daraus, daß die Bedingung nicht zurückgezogen wird; noch daß es in l. 4. § 3. de in diem add. und in l. 3. quib. mod. pign. heißt: pignus finiri,[251]) denn von wann an pignus finitur, ob von dem Augenblick an, wo die Bedingung eintritt, oder von dem Augenblick an, wo es zu Stande gekommen war, steht nicht in den Stellen; noch daß in l. 6. § 1. de div. temp. praescr. von einer accessio possessionis in dem Sinne die Rede iſt, daß der Verkäufer soluta emtione ſich den Beſitz des Käufers anrechnen dürfe,[252]) denn daß der Verkäufer soluta emtione nicht auch für die Zwiſchenzeit als Beſitzer gilt, iſt nicht eine Folge davon, daß die Bedingung nicht zurückgezogen würde, ſondern vielmehr davon, daß an dem Factum, daß der Käufer in der Zwiſchenzeit beſeſſen hat, durch den Eintritt der Bedingung nichts geändert werden kann. Aehnlichen Inhalts, wie die l. 6. § 1. de div. temp. praescr. iſt die l. 19. de ursurp. Dieſe Stelle lautet:

Javolenus libro I. Epistolarum.

Si hominem emisti, ut si aliqua condicio exstitisset, inemtus fieret, et is tibi traditus est, et postea condicio emtionem resolvit: tempus, quo apud emtorem fuit, accedere venditori debere existimo, quoniam eo genere retroacta venditio esset

[251]) cf. Köppen, Der obligatoriſche Vertrag unter Abweſenden. p. 54.

[252]) cf. Müller, Civiliſtiſche Abhandlungen I. p. 303. sqq. Köppen, der obligatoriſche Vertrag unter Abweſenden. p. 54. Man vergleiche außerdem Rieſſer, in Zeitſchrift f. Civilrecht und Proceß. II. p. 26. 27. Thibaut, im Archiv f. civ. Praxis. XVI. p. 391. Sell, Ueber bedingte Traditionen. p. 232. sqq. Windſcheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung. p. 27. 28. Pandekten. I. § 91. not. 2. Fitting, in Zeitſchrift f Handelsrecht. II. p. 259. 263. Bangerow, Pandekten. I. § 96. Brinz, Pandekten p. 1497. Wendt, die Lehre vom bedingten Rechtsgeſchäft. p. 112. 117. 118.

redhibitioni similis, in qua non dubito, tempus ejus, qui redhibuerit venditori accessurum, quoniam ea venditio proprie dici non potest.

Sie trägt weder zur Beantwortung der Frage, ob unter einer Resolutivbedingung übertragenes Eigenthum bei Eintritt der Bedingung ipso jure an den alten Eigenthümer zurückfalle, noch zur Beantwortung der Frage, ob eingetretene Bedingungen zurückgezogen würden, irgend etwas bei.

Zweiter Abschnitt.

Von Endterminen.

Erstes Kapitel.

Von dem Begriff des Termins und des Endtermins insbesondere.

Während die Bedeutung der Bedingung beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts immer und stets die gleiche ist, daß sie es nämlich zweifelhaft erscheinen läßt, ob einer Willenserklärung in einer bestimmten Richtung in Wirklichkeit ein Wille entspreche, kommen Termine beim Abschluß von Rechtsgeschäften in gar mannigfachen Beziehungen vor.

Einmal nämlich ist es möglich, daß der Zweck der Festsetzung eines Termins beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts der ist, dadurch den Inhalt des durch das Rechtsgeschäft zu erzeugenden Rechtes genauer zu charakterisieren.

Dieß ist z. B. der Fall, wenn jemandem ein Ususfruct alternis annis, oder auf zehn Jahre legiert wird, oder wenn eine servitus aquae diurnae oder nocturnae oder aestivae oder hibernae, oder wenn eine Servitut des Inhalts, daß jemand nur zu bestimmten Zeiten über ein Grundstück gehn dürfe, oder dergl., bestellt wird. In diesen Fällen heißt es von der Zeitbestimmung, daß sie non ad temporis causam sed ad modum pertinet jure constitutae servitutis.[253]) In ähnlichem Sinne kann eine Bedingung nie vorkom-

[253]) cf. l. 4. § 2. de servit.

men, weil die Zweifelhaftmachung seiner Existenz nie zur Charakterisierung des Inhalts eines Rechtes dienen kann.

Die juristische Behandlung derartiger Zeitbestimmungen macht keine Schwierigkeit: denn entweder ist die zeitliche Beschränkung des gewollten Rechtes etwas dessen Natur angemessenes: dann ist durch die Willenserklärung ein zeitlich beschränktes Recht zu Stande gekommen; oder eine zeitliche Beschränkung des gewollten Rechtes steht mit dessen Begriff in Widerspruch: dann ist etwas unmögliches gewollt und mithin die ganze Willenserklärung eine resultatlose.

Viel häufiger als in diesem Sinn werden Zeitbestimmungen beim Abschluß von Rechtsgeschäften zu dem Zweck getroffen, um dadurch die Wirksamkeit des erklärten Willens zeitlich zu begrenzen; und diese Zeitbestimmungen sind es, die mit den Bedingungen im engern Sinne des Wortes, was ihr Verhältniß zu der Willenserklärung anbelangt, der sie beigefügt sind, in dieselbe Kategorie von Nebenbestimmungen gehören. Bedingung und Termin sind integrierende Bestandtheile dieser Willenserklärung, aber ihr Zweck ist ein total verschiedener. Die Bedingung will es zweifelhaft machen, ob einer Willenserklärung in bestimmter Richtung ein Wille entspreche; der Termin will die Wirksamkeit der Willenserklärung zeitlich beschränken. Allerdings ist eine Combination dieser beiden Arten von Nebenbestimmungen nicht nur möglich, sondern sogar sehr gewöhnlich; dadurch wird aber die eigenthümliche Wirksamkeit der einzelnen Bestandtheile dieser Combination nicht im geringsten alteriert. Eben aus der begrifflichen Verschiedenheit zwischen Bedingung und Termin erklärt es sich, warum die Wirksamkeit einer echten, mit einer Willenserklärung verbundenen Bedingung stets die gleiche ist, während die Wirksamkeit eines Termins in zwiefacher Weise denkbar ist. Die Dauer der Wirksamkeit einer Willenserklärung kann in der Art begrenzt sein, daß sie nicht sofort mit der Abgabe der Willenserklärung beginnen soll; oder in der Weise, daß sie nach Ablauf einer bestimmten Frist aufhören soll: darum unterscheidet man Anfangstermin und Endtermin; die Existenz

eines Willens in einer bestimmten Richtung kann nur in der einen Beziehung zweifelhaft sein, ob der Wille existiert: darum giebt es nur eine Art von Bedingung.

Außer diesem Anfangs- und Endtermin, den man im Gegensatz zu ähnlichen Erscheinungen den wahren, den echten Anfangs- und Endtermin nennen könnte, giebt es nun aber noch eine ganz andere Art von Anfangs- und Endterminen, solche nämlich, die sich nicht als integrierende Bestandtheile eines rechtsbegründenden Willens, sondern als zweite selbständige zu dem ursprünglichen Willen hinzugekommene Willensmeinungen darstellen, und deren Aeußerung sich darstellt als eine mit der prinzipalen Willenserklärung in continenti verbundene zweite mit einem Anfangs- oder Endtermin ausgestattete Willenserklärung. Es ist dieß einerseits die Festsetzung, daß ein durch die prinzipale Willenserklärung erzeugtes Recht noch nicht sofort ausgeübt werden dürfe, und andererseits die Festsetzung, daß ein durch die prinzipale Willenserklärung erzeugtes Recht nicht immerfort, sondern nur bis zu einem bestimmten Termin ausgeübt werden dürfe, resp. daß es bei Eintritt eines bestimmten Termins aufgegeben oder zurückübertragen werden müsse.

Anfangstermine[254]) erscheinen regelmäßig als echte Anfangstermine, d. h. als integrierende Bestandtheile der rechtserzeugenden Willenserklärung, deren Wirksamkeit sie zeitlich zu begrenzen intentieren. Natürlich soll das nicht heißen, daß die betagte Willenserklärung vor Eintritt des Anfangstermins gar keine Wirksamkeit habe. Sie hat sofort eine von dem Willen derjenigen Personen, zu deren Lasten das zu erzeugende Recht in Zukunft entstehen soll, vollständig unabhängige Grundlage für dessen Entstehung geschaffen. Auf dieser Grundlage entwickelt sich, sobald der Anfangstermin gekommen ist, das gewollte Recht ganz von selbst; vor Eintritt des Anfangstermins

[254]) Ueber die Bedeutung des Anfangstermins vergleiche man Windscheid, Pandekten. I. § 96. not. 5. in der 4. Aufl. und die dort citierten Schriftsteller. Brinz, Pandekten. p. 1516. sqq.

ist aber nur ein gegen Anfechtungen von außen geschützter Keim dieses Rechtes vorhanden, noch nicht das Recht selbst. Nur ausnahmsweise, sei es durch die ausdrückliche Erklärung der ihren Willen erklärenden Personen veranlaßt, sei es dadurch geboten, daß die betagte Willenserklärung sich sonst nicht aufrecht erhalten ließe, ist die Setzung eines Anfangstermins als eine zweite selbständige Willenserklärung des Inhalts aufzufassen, daß der durch die erste Willenserklärung sofort berechtigte vor der Hand sein Recht noch nicht ausüben dürfe.

Ein betagter Constituierungsact einer Obligation erzeugt die Obligation nicht sofort, sondern nur certum est debitum iri,[255]) wenigstens wenn der Termin ein reiner, nicht mit einer Bedingung combinierter ist, und deshalb kann nicht nur jetzt schon durch freiwillige Zahlung die Obligation im voraus getilgt werden,[256]) und kann nicht nur jetzt schon das für eine betagte Schuld constituierte Pfand mit der actio hypothecaria in Anspruch genommen werden,[257]) sondern es kann auch das irrthümlich zu früh gezahlte nicht mit einer condictio indebiti zurückverlangt werden.[258]) Durch eine betagte Eigenthumstradition wird Eigenthum erst begründet nach Eintritt des dies.[259]) Ein betagtes Legat wird, auch hier vorausgesetzt, daß der Termin ein reiner, nicht mit einer Bedingung combinierter ist, jedenfalls, wenn nur die Erbschaft angetreten wird, von dem Le-

[255]) cf. l. 41. § 1. de V. O. Gaj. III, 124. und die anderen bei Windscheid cit. not. 3. 4. und bei Brinz cit. p. 1519. citierten Stellen. — Stellen, wie sie von Windscheid in der not. 5. und von Brinz p. 1519. in der zweiten eckigen Klammer citiert werden, beweisen gegen diese Auffassung nichts, weil ihre Ausdrucksweise nur von der äußeren Erscheinungsweise der Obligation hergenommen ist.

[256]) cf. l. 1. § 1. de cond. et dem.

[257]) cf. l. 14. de pign.

[258]) cf. l. 10. de cond. indeb.

[259]) cf. l. 9. § 2. usufr. quemadmod. cav. l. 7. § 3. de jur. dot. l. 2. § 5. de don.

gatar erworben werden, und geht diese Möglichkeit, das Legat zu erwerben, sogar auf die Erben des Legatars über; aber erworben ist es noch nicht, und kann deshalb auch noch nicht mit Erfolg repudiiert werden.[260])

Die andere Auffassung, wonach die Setzung eines Anfangstermins sich als zweites selbständiges Rechtsgeschäft darstellt, findet sich in den Pandekten vertreten in Anwendung auf die betagte Bestellung von Prädialservituten.

Derartige Servituten werden als sofort zur Existenz gekommen betrachtet, und soll nur der Servitutberechtigte sie, bevor der Termin gekommen ist, noch nicht ausüben dürfen. Es ist dieß ganz klar ausgesprochen in l. 4. pr. de serv.,[261]) welche also lautet:

Papinianus libro VII. Quaestionum.

Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione, neque ad certam condicionem, verbi gratia quamdiu volam, constitui possunt. Sed tamen, si haec adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti. Idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit, et sibi placere.

Der Satz, daß per pacti exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti, kann, ohne den Worten des Gesetzes Gewalt anzuthun, nicht ausschließlich auf den Fall bezogen werden, wo Servituten ad tempus oder ad condicionem bestellt sind. Von einer

[260]) cf. l. 45. § 1. de leg. II. Ueber l. 10. ad Sc. Trebellianum. cf. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. p. 39. 40.

[261]) Zur Interpretation dieser Stelle vergleiche man Glossa ad h. l. Schulting, Notae ad Digesta, ed. Smallenburg. II. p. 288. 289. Schraber, Civilistische Abhandlungen. p. 324. sqq. Glück, Commentar. IX. p. 34. X. p. 56. Sintenis' Civilrecht. I. § 64. Anm. 16. und die dort citierten. Bangerow, Pandekten. I. § 340. Anm. Nr. 4. Brinz, Pandekten. p. 1518. Windscheid, Pandekten I. § 212. not. 9. und die dort citierten. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 14. 15. Ennecceruś, Ueber Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung. p. 61. sqq. und die dort citierten Schriftsteller.

Bestellung der Servituten durch pactiones et stipulationes kann nicht die Rede sein, denn dann würde, wenn der Servitutberechtigte ante tempus aufträte, nicht per pacti exceptionem ihm begegnet, sondern seine Klage für unbegründet erklärt werden. Papinian kann nur von einer durch mancipatio oder in jure cessio erfolgten Bestellung einer Servitut ex tempore oder sub condicione reden. Uebertragungen von Eigenthum durch mancipatio oder in jure cessio ex tempore sind ungültig; denn die mancipatio und die in jure cessio wirken entweder sofort, oder nie; und die Annahme, die mancipatio oder in jure cessio solle hier sofort wirken, der neue Eigenthümer aber sein Eigenthum vorerst nicht geltend machen dürfen, wäre hier unmöglich gewesen, weil dann das Eigenthum pro tempore ganz schutzlos gewesen wäre. Anders verhielt es sich bei Bestellung einer Servitut durch mancipatio oder in jure cessio ex die; hier konnte man ohne jegliches praktische Bedenken die Servitut sofort zur Existenz kommen lassen, und nur dem Servitutberechtigten die Ausübung derselben einstweilen verbieten: ein Ausweg, den man auch in Wirklichkeit einschlug, um nicht das ganze Rechtsgeschäft für nichtig erklären zu müssen.

Ein anderes Beispiel, wo ein Anfangstermin als selbständige mit einer prinzipalen rechtserzeugenden Willenserklärung combinierte zweite Willenserklärung aufzufassen ist, wonach das durch die erste erzeugte Recht nur nicht sofort geltend gemacht werden soll, findet sich erwähnt in l. 20. de jur. dot. Grund für die Auffassung des Anfangstermins als selbständige Willenserklärung ist hier der klar ausgesprochene Wille der Contrahenten.

Nicht das gleiche, wie von Anfangsterminen gilt von Endterminen.[262]) Echte Endtermine erscheinen selten, und wo sie dem

[262]) Ueber den Begriff des Endtermins vergleiche man Windscheid, Pandekten. I. § 96. not. 2. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. p 60. sqq. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 6. sqq. Brinz, Pandekten. p. 1525. sqq.

äußeren Anſchein nach in einer Willenserklärung enthalten ſind, verſucht man meiſtens, ihnen einen anderen Sinn unterzulegen. Der Grund hierfür iſt folgender: dadurch, daß eine Willenserklärung überhaupt einmal Wirkſamkeit erlangt hat, iſt das gewollte Recht entſtanden, und für die Fortdauer eines einmal entſtandenen Rechtes iſt die Fortdauer des Willens, der es zur Exiſtenz gebracht hat, regelmäßig indifferent.[203]) Nicht der Fortfall dieſes Willens, ſondern erſt ein animus in contrarium actus würde ſein Aufhören bewirken können. Einem der Wirkſamkeit einer Willenserklärung geſetzten einfachen Endtermin würde alſo in den meiſten Fällen gar kein Effect zuzuſchreiben ſein. Er kann nur dadurch aufrecht erhalten werden, daß er nicht als echter Endtermin, ſondern anders aufgefaßt wird, und derartiger anderer möglicher Auffaſſungen bieten ſich zwei. Man kann ihn nämlich entweder auffaſſen als zur näheren Charakteriſierung des gewollten Rechtes geſetzt, oder als eine mit der Erklärung des rechtserzeugenden Willens verbundene Erklärung eines zweiten betagten Willens, wodurch das durch die erſte Erklärung erzeugte Recht wieder aufgehoben werden ſoll. Bei erſterer Auffaſſung wird es darauf ankommen, ob das gewollte Recht eine zeitliche Begrenzung verträgt oder nicht; im erſteren Fall kommt ein zeitlich beſchränktes Recht, im letzteren gar nichts zu Stande. Bei der anderen Auffaſſung iſt durch die erſte Willenserklärung jedenfalls das Recht erzeugt, und was die zweite Willenserklärung für einen Einfluß auf die Fortdauer dieſes Rechtes haben werde, hängt ganz davon ab, inwiefern dieſes Recht durch einfache Willenserklärungen, als welche ſich hier die Setzung des Endtermins darſtellt, alteriert werden kann. So aufzufaſſende Endtermine ſind durchaus nach Analogie der ſogenannten Reſolutivbedingungen zu behandeln. Nur dann iſt die zeitliche Begrenzung der Wirkſamkeit einer Willenserklärung durch einen Endtermin als

[203]) cf. Windſcheid, Die Lehre des römiſchen Rechts von der Vorausſetzung. p. 150—152. Die Wirkung der erfüllten Bedingung. p. 25. Pandekten. I. § 90. Anm. 4. Brinz, Pandekten. p. 1525.

wirkliche Begrenzung der Wirksamkeit dieser Willenserklärung von Bedeutung, wenn in dem Augenblick, wo der Endtermin eintritt, das durch die Willenserklärung zu erzeugende Recht noch nicht, oder noch nicht vollständig erzeugt ist. Hier handelt es sich bei Eintritt des Termins nicht sowohl um die Beseitigung von Folgen der Willenserklärung, als vielmehr um die Verhinderung des Eintritts von Folgen der Willenserklärung: und der Eintritt dieser Folgen wird durch den Eintritt des Termins, der die Wirksamkeit der Willenserklärung beschließt, wirklich gehindert. Z. B. eine testamentarische Verfügung geht dahin, daß der Erbe einem jeden Hülfebedürftigen einer gewissen Kategorie bis nach Ablauf von 10 Jahren nach dem Tod des Testators, oder bis ein gewisses Kapital aufgezehrt sei, eine gewisse einmalige pecuniäre Unterstützung zu gewähren verpflichtet sein solle. Ist hier der Endtermin gekommen, so ist die Wirksamkeit der Willenserklärung des Testators erloschen, und kann also für den Erben eine weitere Verpflichtung zur Unterstützung von Personen der bezeichneten Kategorie nicht mehr zur Existenz kommen.

Man sieht also, der Endtermin kann gar verschiedenartige Bedeutung haben. Er kann als integrierender Bestandtheil einer Willenserklärung erscheinen, wodurch die Wirksamkeit dieser Willenserklärung zeitlich beschränkt werden soll; oder er kann sich darstellen als eine zweite mit einer Hauptwillenserklärung verbundene Nebenwillenserklärung, wodurch der Erfolg der Hauptwillenserklärung ex die wieder beseitigt werden soll; oder er kann als zur näheren Charakterisierung des Inhalts des gewollten Rechtes gesetzt aufzufassen sein.

Es ist erklärlich, daß es in einem bestimmten Fall bei nicht ganz klarer Ausdrucksweise der ihren Willen erklärenden Personen zweifelhaft erscheinen kann, welches die beabsichtigte Bedeutung des Endtermins sein soll; und ebenso ist es erklärlich, daß sich im Lauf der Zeit gewohnheitsrechtliche Interpretationen nicht ganz klarer mit einem Endtermin versehener Willenserklärungen bilden müssen, wie sich auch solche von Willenserklärungen gebildet haben, in Betreff derer man

zweifeln könnte, ob sie eine Suspensivbedingung oder eine Resolutivbedingung enthalten. Derartige gewohnheitsrechtliche Interpretationen können dann durch spätere andere Gewohnheiten oder auch durch Gesetze wieder beseitigt werden, und so erklärt es sich, wie nicht nur verschiedene mit einem Endtermin ausgestattete Rechtsgeschäfte, sondern auch dieselben Rechtsgeschäfte in verschiedenen Zeiten von der römischen Jurisprudenz wesentlich verschieden behandelt worden sind.

Zweites Kapitel.

Behandlung des Endtermins bei einzelnen Rechtsgeschäften.

I.

Endtermin bei Eigenthumsübertragungen unter Lebenden.

In der Hinzufügung eines Endtermins bei Eigenthumsübertragungen unter Lebenden erblickte die klassische Jurisprudenz eine Charakterisierung des zu übertragenden Eigenthums; sie faßte die Absicht der Contrahenten nicht als dahin gehend auf, daß zunächst Eigenthum übertragen werden sollte, daß diese Eigenthumsübertragung aber hinfällig werden sollte nach Ablauf einer bestimmten Frist, oder daß nach Ablauf dieser Frist das Eigenthum zurückübertragen werden sollte, sondern sie faßte sie so auf, daß nur ein zeitlich beschränktes Eigenthum übertragen werden sollte. Und da es ein feststehender Satz war, daß das Eigenthum einen gegebenen Inhalt habe, an dem nichts abgezogen werden könnte, ohne daß dadurch der Begriff des Eigenthums zerstört werde, und daß das Eigenthum namentlich seinem

Begriff nach ein ewig dauerndes Recht ſei,[264]) ſo kam ſie zu dem Reſultat in der Uebertragung eines zeitlich beſchränkten Eigenthums eine contradictio in adjecto zu erblicken, und deshalb das ganze Rechtsgeſchäft für nichtig zu erklären, ſo daß alſo der bisherige Eigenthümer trotz der Uebertragung Eigenthümer blieb.

Dieſes Reſultat iſt klarſtens anerkannt in Vat. fr. 283,[265]) welche Stelle folgendermaßen lautet:

Divi Diocletianus et Constantius Augg. et Caess. Zenoni.

Si stipendiariorum praediorum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus, qui accepit ad te rediret, donatio irrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit. Si vero usumfructums in eam, contra quam supplicas, contulisti, usumfructum a proprietate alienare non potuisti.

Ferner in l. 17. § 1. de acq. vel. om. possessione, welche Stelle folgendermaßen lautet:

Ulpianus libro LXXVI. ad Edictum.

Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Si quis igitur possessionem ita tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere.

Dieſe Stelle wird gewöhnlich in offenbarem Widerſpruch mit ihrem Wortlaut von Dereliction verſtanden,[266]) während der Schluß-

[264]) cf. oben p. 92. Thibaut, im Archiv f. civ. Praxis. XVI. p. 387. Brinz, Pandekten. p. 1525. Jhering, in Jahrb. für Dogmatik. X. p. 505. Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung. p. 16.

[265]) cf. Puchta, Inſtitutionen. § 206. not. s. z. Fitting, in Zeitſchrift für Handelsrecht. II. p. 268. Windſcheid, Pandekten. I. § 90. not. 4. Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung. p. 15. Köppen, der obligatoriſche Vertrag unter Abweſenden. p. 57. Jhering, in Jahrb. f. Dogmatik. X. p. 505.

[266]) cf. Glossa ad h. l. Schulting, Notae ad Digesta, VI. p. 392.

ſatz darauf hinweiſt, daß ſie von Beſitz- oder Eigenthumsverluſt in Folge von Tradition redet. Der Sinn der vollſtändig aus ihrem Zuſammenhang geriſſenen Stelle ſcheint folgender zu ſein: Wenn jemand Beſitz ad tempus überträgt, ſo hat er jedenfalls ſeinen Beſitz verloren; wenn er aber Eigenthum ad tempus überträgt, ſo hat er dieſes Eigenthum nicht verloreu, cum dominium ad tempus transferri nequiverit.

Ebenſo in l. 55. de sol.:

Ulpianus libro LXI. ad Edictum.

Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur ut recipiantur.

Und endlich iſt derſelbe Satz klar ausgeſprochen von dem Scholiaſten Stephanus,[267]) der in einem Scholion zu Bas. 16, 1, 4. den Ausſpruch des Paulus in l. 4. de usufr.: Usus fructus in multis casibus pars dominii est, folgendermaßen commentiert:

ἐπὶ πολλῶν ὁ οὐσούφρουκτος μέρος δεσποτείας γνωρίζεται, καὶ τοῦτο ἐντεῦθεν δείκνυταί τε καὶ δηλοῦται, ὅτι ὥσπερ ἡ δεσποτεία καὶ πούρως καί ὑπὸ ἡμέραν δύναται δίδοσθαι, τὸν αὐτὸν τρόπον καί ὁ οὐσούφρουκτος δίναται καί πούρως καὶ ἀπὸ φανερᾶς ἡμέρας συνίστασθαι. εἴρηται δέ μοι ἐπὶ πολλῶν καὶ οὐκ ἐπὶ πάντων θεμάτων δεσποτείαν μιμεῖσθαι οὐσούφρουκτον, ἐπειδὴ πρόσκαιρος μὲν οὐκ ἔρρωται δεσποτεία, οὐσούφρουκτος δὲ καὶ ἐπὶ φανεροῦ συνίσταται χρόνου. κ τ. λ.

Es verſteht ſich natürlich von ſelbſt, daß dieſer Satz des klaſſiſchen römiſchen Rechtes nicht ſo verſtanden werden darf, als wäre auch jede Eigenthumsübertragung mit der Verabredung, daß das Eigenthum ſpäter zurückübertragen werden ſollte, nichtig geweſen: dann wäre ja eine jede mancipatio cum pacto fiduciae nichtig geweſen, und hätten auch reſolutivbedingte Eigenthumsübertragungen

[267]) cf. Zachariae, Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae. p. 63.

für nichtig erklärt werden müſſen; ſondern der Sinn jenes Satzes iſt nur der, daß eine Eigenthumsübertragung mit der näheren Beſtimmung, daß kein volles Eigenthum, ſondern nur zeitlich beſchränktes Eigenthum übergehn ſolle, nichtig ſein ſolle.

So wird denn alſo ein Kaufgeſchäft mit der Nebenbeſtimmung, daß, wenn der Verkäufer den Preis reſtituiere, ihm die Waare zurückgegeben werden ſolle, für vollſtändig gültig erklärt. Zunächſt geht das Eigenthum an der Waare auf den Käufer über; wenn der Verkäufer aber den Preis reſtituiert, hat er eine perſönliche Klage, eine actio praescriptis verbis oder venditi auf Zurückgabe der Waare. Dieß iſt der ganz klare Inhalt der c. 2. de pact. int. emt. et vend. 4, 54., welche folgendermaßen lautet:

Imp. Alexander A. Charisio.

Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut sive ipsi, sive heredes eorum emtori pretium quandocunque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere condicioni dictae heres emtoris non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt. Dat. Kal. Sept. Alexandro A. Cons. (222.)

Daß in dieſer Stelle nicht von einer Reſolutivbedingung, ſondern von einem Endtermin die Rede iſt, beweiſt die Beſtimmung, daß nur die Früchte reſtituiert werden ſollen, quae post oblatam ex pacto quantitatem ex fundo ad adversarium pervenerunt. Hierdurch wird klar ausgeſprochen, daß keine Rückziehung ſtattfinden ſolle, alſo die Annahme einer Reſolutivbedingung negiert.

Im Lauf der Zeit mag ſich nun der Gedanke immer mehr in den Vordergrund gedrängt haben, wenn wirklich zeitlich beſchränktes Eigenthum übertragen worden ſei, den Gedanken der Contrahenten zu corrigieren, indem man der Abſicht, zeitlich beſchränktes Eigenthum zu übertragen, die andere praktiſch ausführbare Abſicht ſubſtituierte,

daß Eigenthum übertragen werden solle, dasselbe aber nach Ablauf einer bestimmten Zeit zurückübertragen werden solle.

Dieses Streben macht sich bereits bemerkbar in einer Constitution, die älter ist, als die vorhin aus den Vatikanischen Fragmenten entlehnte, worin die Verabredung, daß ea, quae in dotem data sunt, unter gewissen Voraussetzungen den Geber sequerentur, oder ad eum pertineant, so aufgefaßt werden, als sei verabredet, ut ei redderentur.

Die Constitution ist die c. 8. de jur. dot. 5, 12. und lautet:

Imp. Gordianus A. Agrippinae.

Etiamsi non dotem reddi sibi mater, sed ea, quae in dotem dota sunt, ut eam sequerentur, vel ad se pertineant in matrimonio defuncta filia, stipulata sit, durante matrimonio filia decedente actionem ex stipulatu videri quaesitam, aequissimum esse judicamus. Cui consequens est, ut etiam id, quod additamenti causa in dotem datum est, eadem actione repetatur. PP. Kal. Feb. Sabino et Venusto Conss. (240.)

Dieses Streben ist dann vollends von Justinian sanctioniert worden, indem Justinian die vorhin erwähnte diocletianische Constitution aus den vatikanischen Fragmenten in folgender veränderter Gestalt in seinen Codex als c. 2. de don. quae sub modo 8, 55. aufnahm.[208])

[208]) Manche (z. B. Fitting, in Zeitschrift f. Handelsrecht. II. p. 268. Köppen, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. p. 56.) nehmen an, daß in der Stelle ipso jure eintretender Rückfall des Eigenthums bei Eintritt des Endtermins anerkannt sei. In der Stelle steht aber nur, daß der auf Rückübertragung des Eigenthums gerichtete Nebenvertrag Gültigkeit haben solle. cf. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. p. 66. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 17. Brinz, Pandekten. p. 1526. Bas. 47, 1, 71. (ἀναλαβεῖν.) In Folge der verketzerten Inscription der Vat. fr. 283. Idem Aurelio Correnoni (vergl. die kritische Anm. in der Huschke'schen Ausgabe) ist die sonderbare Behauptung aufgetaucht c. 2. cit. und Vat. fr. 283. seien ganz verschiedene Constitutionen. cf. Vernet, textes choisis sur la théorie des obligations. p. 137.

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Zenoni.
Si praediorum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus, qui accepit, ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet, quae ei imposita est, conservanda. PP. V. Id. Mart. Maximo II. et Aquilino Coss. (286.)

Diese Constitution zusammengehalten mit l. 55. de sol., mit l. 17. § 1. de acq. vel. omm. poss. und mit dem ebenfalls bereits vorhin erwähnten Scholion des Stephanus ergiebt für das justinianeische Recht folgendes Resultat: Wenn Jemand ganz klar, und ohne daß eine Umdeutung seiner Willenserklärung möglich ist, zeitlich beschränktes Eigenthum tradiert, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig. Tradiert er aber Eigenthum mit der Nebenbestimmung, daß dasselbe ihm post tempus zurückgegeben werden solle, oder läßt sich seine Willenserklärung doch wenigstens so interpretieren, so liegt ein vollständig gültiges Rechtsgeschäft vor; das Eigenthum geht auf den Empfänger über, und dieser ist post tempus persönlich verpflichtet, das Eigenthum zu restituieren.

II.

Endtermin bei Eigenthumsübertragungen durch Vermächtnisse.

Vermächtnisse, durch welche Eigenthum ad tempus vermacht ward, einerlei ob Vindicationslegate, oder Damnationslegate, oder Fideicommisse, behandelte die klassische Jurisprudenz gerade wie mit einem Endtermin versehene Eigenthumstraditionen; d. h. sie nahm an, durch den Endtermin solle der Inhalt des Eigenthums modifiziert werden, es werde nur ein zeitlich beschränktes Eigenthum legiert; und weil ein zeitlich beschränktes Eigenthum eine contradictio in adjecto ist, so erklärte sie derartige Legate und Fideicommisse für ungültig. Natürlich bezog sich auch diese Bestimmung nur, wie die analoge in Betreff mit einem Endtermin versehener Eigenthumstra

ditionen, auf den Fall, wo jemand Eigenthum legiert oder durch ein Fideicommiß vermacht hatte, das nach Ablauf einer bestimmten Zeit untergehn oder an den Onerierten zurückfallen sollte; nicht auch auf den Fall, wo der Honorierte mit dem Fideicommiß belastet wurde, nach Ablauf einer bestimmten Zeit die ihm vermachte Sache an den Onerierten zurückzugeben. Ein derartiges Geschäft für ungültig zu erklären, hätte gar kein ersichtlicher Grund vorgelegen, und ist auch nirgends die mindeste Spur von einer Nachricht, daß man derartige Verfügungen doch für nichtig gehalten hätte, erhalten.

Daß nur Vermächtnisse jeglicher Art, die Eigenthum ad tempus zum Gegenstand hatten, und nicht auch sonstige mit einem Endtermin versehene Vermächtnisse für ungültig erklärt wurden, geht nicht nur beispielsweise daraus hervor, daß das Legat eines Ususfructes ad tempus, wie sich nachher zeigen wird, als gültig angesehn wurde, nicht nur aus l. 44. § 1. de O. et A., die ein mit einem Endtermin versehenes Damnationslegat einer mit einem Endtermin versehenen Stipulation gleichstellt, oder aus l. 55. § 1. de legg. I., die bei Damnationslegaten nur den Endtermin, nicht aber das Legat selbst für ungültig erklärt, sondern ganz besonders auch aus der justinianeischen Constitution, die den bisherigen Rechtssatz abschaffte, und im Gegentheil bestimmte, daß mit einem Endtermin versehene Vermächtnisse stets gültig seien, und wenn der Endtermin eintrete, an den Onerierten zurückfielen. Die betreffende justinianeische Constitution ist die c. 26. de leg. 6, 37.,[269] welche lautet:

Imp. Justinianus A. Joannii PP.

Illud quod de legatis vel fideicommissis temporalibus, utpote irritis, a legum conditoribus definitum est, emendare

[269]) cf. Mühlenbruch, in Fortsetzung von Glücks Commentar. XXXXI. p. 266. Fitting, in Zeitschrift f. Handelsrecht. II. p. 268. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. p. 65. 66. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 18. sqq. Ihering, in Jahrb. für Dogmatik. X. p. 507.

prospeximus, sancientes, et talem legatorum vel fideicommissorum speciem valere et firmitatem habere. Quum enim jam constitutum est, fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est, etiam legata vel fideicommissa, quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari; post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis vel fideicommissis remeantibus, necessitatem habente legatario vel fideicommissario cautionem in personam heredis exponere, ut post transactum tempus res non culpa ejus deterior facta restituatur. Dat. XV. Kal. Novemb. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC. anno secundo. (532.)

Legata ad tempus relicta, quae post completum tempus ad heredem remeant, können nur Eigenthumslegate sein, indem eine derartige Bezeichnung auf andere Legate in keiner Weise passen würde.

Außerdem spricht aber dafür, daß Justinian nur von Legaten, deren Gegenstand dominium ad tempus sei, redete, noch ganz besonders der Satz: Cum enim jam constitutum est, fieri posse temporales donationes et contractus; damit kann nicht der allgemeine Satz gemeint sein, daß Verträge ad tempus eingegangen werden könnten; denn daß societates und mandata ad tempus contrahiert werden können, wird bereits von Paulus und Ulpian anerkannt,[270]) und daß eine Miethe ad tempus abgeschlossen werden konnte, muß so alt sein, wie der Miethvertrag selbst, und ist jedenfalls nicht erst von Justinian bestimmt worden; und an der Behandlung von Stipulationen ad tempus scheint Justinian auch durchaus gar nichts geändert zu haben; jene Worte können keinen anderen Sinn haben als den, daß, nachdem bestimmt sei, daß auch durch Schenkungen oder sonstige Contracte dominium ad tempus übertragen werden könne, nämlich in der Weise, daß, wenn der Ter-

[270]) cf .l. 1. pr. pro socio. l. 3. de proc.

min komme, der Empfänger zur Rückerstattung verpflichtet sei, — es wird hierdurch auf die c. 2. de don. quae sub modo und die c. 8. de jur. dot. angespielt, — nunmehr auch erlaubt sein solle, durch Legate oder Fideicommisse dominium ad tempus zu übertragen, und zwar in der Weise, daß der Empfänger des Eigenthums als mit einem weiteren die Restitution desselben zum Gegenstand habenden Fideicommiß belastet zu betrachten sei.

III.

Endtermin bei der Bestellung von jura in re aliena.

1. bei der Bestellung eines Ususfructs:

Der Ususfruct ist seiner Natur nach ein zeitlich beschränktes Recht, und so betrachtete man es nicht als eine Nebenbestimmung zu dem den Ususfruct constituierenden Rechtsgeschäft, sondern als eine genauere Angabe des Inhalts des Ususfructs, wenn bei seiner Bestellung seine Dauer durch einen Endtermin beschränkt wurde.

Man ließ es deshalb unbedenklich zu, daß ein Ususfruct ad tempus in jure cediert werde; ebenso, daß er ad tempus legiert, oder officio judicis bestellt werde. Dieß ist ganz klar ausgesprochen in Vat. fr. 48.:

Paulus libro I. Manualium.

Ad certum tempus et in jure cedi, et legari, et officio judicis constitui potest.

und in l. 6. de usu et usufructu:

Pomponius libro XV. ad Sabinum.

Si ususfructus mihi in biennium continuum a morte testatoris legatus sit, et per heredem steterit, quominus eum mihi daret, praeterito biennio nihilominus tenetur (quemadmodum teneretur, si res legata in rerum natura esse desisset, quam quis deberet, moratusque esset in ea danda), ut peti quidem jam ususfructus, qui legatus sit, non possit, quia alius futurus sit, quam qui legatus fuerit, sed aestimatio ejus bima duntaxat facienda sit.

und in l. 30. eod.

Javolenus libro II. ex Posterioribus Labeonis.

Cui ususfructus legatus esset, donec ei totius dotis satisfieret, cum ei heres pro sua parte satisdedidet, quamvis reliqui satis non darent, tamen pro ea parte usumfructum desinere habere mulierem, ait Labeo: idem fieri, et si per mulierem mora fieret, quo minus satis acciperet.

und in l. 15. quib. mod. usufr.:

Ulpianus libro XVIII. ad Sabinum.

Interdum proprietarius ad libertatem perducet, si forte usufructus fuerit tamdiu legatus, quamdiu manumittatur: nam incipiente proprietario manumittere, extinguetur usufructus.

Ebenſo für das ſpätere Recht in c. 5. de usufr. 3, 33.

Imp. Alexander A. Evocato et aliis.

Si pater usumfructum praediorum in tempus vestrae pubertatis matri vestrae reliquit, finito usufructu, postquam vos adolevistis, posterioris temporis fructus perceptos ab ea repetere potestis, quos nulla ratione sciens de alieno percepit. PP. Kal. April. Alexandro A. II. et Marcello Conss. (226.)

Nur in Betreff der Zuläſſigkeit der Deduction eines Uſusfructes ad tempus bei Gelegenheit der Mancipation oder Injurecеſſion haben Zweifel beſtanden, deren Grund nicht erſichtlich iſt:

Vat. fr. 50.

In mancipatione vel in jure cessione an deduci possit vel ex tempore, vel ad tempus, vel ex condicione vel ad condicionem, dubium est: quemadmodum, si is, cui in jure ceditur dicit: ajo hunc fundum meum esse, deducto usufructu ex calendis Januariis; vel: deducto usufructu usque ad Calendas Jannuarias decimas; vel: ajo hunc fundum meum esse, deducto usufructu, si navis ex Asia venerit; vel: nisi navis ex Asia venerit.

item in mancipatione: emtus mihi esto pretio deducto usufructu ex calendis illis; vel: usque ad Calendas illas. et eadem sunt in condicione. Pomponius igitur putat non posse ad certum tempus deduci nec per in jure cessionem, nec per mancipationem, sed tantum transferri ipsum posse. Ego didici, et deduci ad tempus posse, quia et mancipationum et in jure cessionum leges lege duodecim tabularum confirmantur. Numquid ergo et ex tempore et condicione deduci possit? Sequitur, et legato eum deduci ad certum tempus posse.

Ja man betrachtete einen ad tempus beſtellten Uſusfruct, ſo ſehr als einen Uſusfruct anderen Inhalts, als einen ohne ausdrückliche Zeitbegrenzung beſtellten, daß man verlangte, daß, wer einen ad tempus conſtituierten Uſusfruct mit der actio confessoria klagend geltend machen wolle, cum adjectione temporis sui klage, widrigenfalls er ſich einer pluspetitio ſchuldig mache:

Vat. fr. 52. 53.

Ususfructus ad certum tempus constitutus cum adjectione temporis sui vindicari debet. Diversum est, si in statu libero constitutus sit; tunc enim pure vindicandus est, sicut pure vindicatur, qui simpliciter constitutus est, non adjectis casibus, quibus solet amitti ususfructus. 53. Item si de altius tollendo aget is, qui in infinitum tollendi jus non habet, si non expresserit modum, plus petendo causa cadit, quasi intenderit, jus sibi esse in infinitum tollere.

Einen der Beſtellung eines Uſusfructes beigefügten dies a quo ſcheint man nicht ſo geneigt geweſen zu ſein als zur genaueren Angabe des Inhalts des Uſusfruct geſetzt zu betrachten. Es geht dieß aus Vat. fr. 49. hervor:

Paulus libro I. manualium.

Ex certo tempore cum legari possit, ita an in jure cedi vel an adjudicari possit, variatur; videamus ne non possit; quia nulla legis actio prodita est de futuro.

Doch trug man ſpäter kein Bedenken mehr dabei, die Beſtellung eines Uſusfructes unter Lebenden ex die zuzulaſſen.

Man vergleiche l. 4. de usufr.:

Paulus libro II. ad Edictum.

Ususfructus in multis casibus pars dominii est, et exstat, quod vel praesens vel ex die dari potest;

und l. 16. § 2. fam. erc.

Ulpianus libro XIX. ad Edictum.

Ususfructus et ex certo tempore, et usque ad certum tempus, et alternis annis adjudicari potest.

Ob die Vertheidiger dieſer Anſicht dabei von dem Gedanken ausgiengen, daß auch die Beſtimmung eines Anfangstermines als zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Uſusfructs dienend aufzufaſſen und deshalb auch bei einer in jure cessio eines Uſusfructes zuzulaſſen ſei; oder ob ſie die Beſtellung eines Uſusfructs ex die gerade ſo behandelt wiſſen wollten, wie die Beſtellung einer Prädialſervitut ex die, von der im vorigen Kapitel dieſes Abſchnitts die Rede war, iſt nicht ganz klar. Die Ausdrucksweiſe des Paulus und des Ulpian, wenn ſie genuin iſt, und die Zuſammenſtellung eines ex die conſtituierten Uſusfructes mit einem ad diem und einem alternis annis conſtituierten ſcheint für die erſtere Annahme zu ſprechen.

Auch von Juſtinian iſt, wie dieß nicht anders zu erwarten war, die Möglichkeit der Beſtellung eines Uſusfructs ad tempus mit dem Erfolg, daß bei Eintritt des Endtermins der Uſusfruct von ſelbſt erlöſche, anerkannt, wie dieß ausdrücklich in c. 12. de usufr. 3, 33. bezeugt wird:

Imp. Justinianus A. Juliano. PP.

Ambiguitatem antiqui juris decidentes sancimus, sive quis uxori suae sive alii cuicunque usumfructum reliquerit sub certo tempore, in quod vel filius ejus, vel quisquam alius pervenerit, stare usumfructum in annos, in quos testator statuit, sive persona, de cujus aetate compositum est, ad

eam pervenerit, sive non. Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula; nisi ipse, cui ususfructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtractus; tunc enim ad posteritatem usumfructum transmitti, non est possibile, cum morte usumfructum penitus extingni, juris indubitati sit. § 1. Sin autem talis fuerit incerta condicio, donec in furore filius vel alius quisquam remanserit, vel in aliis similibus casibus, quorum eventus in incerto sit, si quidem resipuerit filius vel alius, pro quo hoc dictum est, vel condicio exstiterit, usumfructum finiri; sin autem adhuc in furore is constitutus decesserit, tunc quasi in usufructuarii vitam eo relicto, manere usumfructum apud eum. Quum enim possibile erat, usque ad omne vitae tempus usufructuarii non ad suam mentem venire furentem, vel condicionem impleri, humanissimum est, ad vitam eorum usumfructum extendi. Quemadmodum etenim, si decesserit usufructuarius ante completam condicionem vel furorem finitum, extinguitur ususfructus, ita humanum est, extendi eum in usufructuarii vitam, etsi antea decesserit furiosus vel alia condicio defecerit. Dat. Kal. Aug. Constantinop. Lampadio et Oreste. VV. CC. Conss. (530.)

Ob hierbei nun aber die Auffaſſung Juſtinians die geweſen iſt, daß der Uſusfruct bei Eintritt des Endtermins von ſelbſt erlöſche, weil nur ein Recht bis zu dem Endtermin die Sache zu gebrauchen und zu genießen beſtellt geweſen ſei; oder ob er den Uſusfruct deswegen untergehn ließ, weil er in der Setzung des Endtermins ein Nebengeſchäft zu dem den Uſusfruct beſtellenden Hauptgeſchäft erblickte, das als teſtamentariſche Anordnung den durch ebenſolche Anordnung begründeten Uſusfruct auch wieder aufzuheben im Stande war; oder ob er gar von dem Geſichtspunkt ausgieng, daß bei Eintritt des Endtermins der Uſusfruct erlöſchen müſſe, weil die ihn für jeden Augenblick neu erzeugende Willenserklärung des Teſta-

tors ihre Kraft verloren habe, ist unersichtlich und einerlei, da alle drei Erwägungen genau zu demselben Resultat führen.

2. Bei der Bestellung von Prädialservituten.

Hiermit beschäftigen sich folgende Stellen:

1) l. 4. de servit.[271])

Papinianus libro VII. Quaestionum.

Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore neque ad tempus, neque sub condicione, neque ad certam condicionem (verbi gratia: quamdiu volam) constitui possunt. Sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti; idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit, et sibi placere. § 1. Modum addici servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur, veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur. § 2. Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam sed ad modum pertinent jure constitutae servitutis.

2) l. 56. § 4. de V. O.

Julianus libro LII. Digestorum.

. . . . . Nam et heres ejus, cui servitus praedii ita concessa est, ut quoad viveret, jus eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur.

Die Auffassung des Verhältnisses nach klassischem Recht ist demnach folgende: Die Hinzufügung eines Endtermins bei der Bestellung einer Prädialservitut wird aufgefaßt als ein pactum adjectum des Inhalts, daß der Servitutberechtigte die Servitut nach Ablauf einer bestimmten Zeit aufgeben müsse. Da nun Servituten im klassischen Recht durch mancipatio oder in jure cessio bestellt werden, können sie durch ein nudum pactum nicht aufgehoben werden, sondern kann das nudum pactum, wenn der Termin gekommen ist, nur eine exceptio gegen die Geltendmachung der Servitut erzeugen.

[271]) cf. oben p. 190.

War die Servitut pactionibus et stipulationibus bestellt, so ward durch das pactum auch nur eine exceptio gegen die Klage aus der Stipulation erzeugt. War die Servitut durch Vindicationslegat ad tempus bestellt, oder war sie auf Grund eines Damnationslegats, wonach sie ad tempus bestellt werden sollte, durch mancipatio oder in jure cessio bestellt, so war die Erwähnung des tempus als ein Fideicommiß der Befreiung von der Servitut an den Eigenthümer zu betrachten, das eine exceptio gegen die Geltendmachung der Servitut erzeugte.

Im justinianeischen Recht werden Servituten unter Lebenden durch bloßen Vertrag bestellt, und müssen also auch durch bloßen Vertrag, also auch durch ein der Bestellung beigefügtes betagtes pactum adjectum wieder beseitigt werden können. Die l. 4. pr. de serv. und die l. 56. § 4. de V. O. passen also ihrem strengen Wortlaut nach nicht mehr ins justinianeische Recht. Durch Legat ad tempus bestellte Servituten gehen bei Eintritt des Endtermins ipso jure unter.

3. Bei der Bestellung eines Pfandrechts.

Hiermit beschäftigt sich die l. 6. pr. quib. mod. pign.:

Ulpianus libro LXXIII. ad Edictum.

Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio ejus finita est.

Hiernach geht bei Eintritt des Endtermins ein ad tempus bestelltes Pfandrecht ipso jure unter. Die hierbei zu Grunde liegende Auffassung ist wohl kaum eine andere, als daß man in der Setzung des Endtermins ein betagtes das Pfandrecht wieder aufhebendes pactum adjectum erblickt, das bei Eintritt des Endtermins das Pfandrecht, das auch nur durch bloßen Vertrag begründet war, ipso jure wieder aufhebt.[272])

[272]) Des weiteren vergleiche man Dernburg, Pfandrecht. I. p. 191. sqq. Die l. 63. de fidj. scheint mir nicht von einem ad tempus bestellten Pfandrecht

4) Bei Bestellung einer Emphyteusis oder einer Superfizies.

Hiervon handelt

1. die l. 31. de pign.:

Scaevola libro I. Responsorum.

Lex vectigali fundo dicta erat, ut si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat; postea is fundus a possessore pignori datus est. Respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. § 1. Item quaesiit, si cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent, et propterea pronunciatum esset, secundum legem domini esse, cujus potior causa esset. Respondit: si, ut proponeretur, vectigali non soluto jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse.

2. Die l. 3. si ager vectigal.

Paulus libro XXI. ad Edictum.

Idem est, et si ad tempus habuerint conductum nec tempus conductionis finitum sit.

3. Die l. 1. § 3. de superficiebus:

Ulpianus libro LXX. ad Edictum.

Quod ait praetor: si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo, sic intelligendum est, ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.

Die Setzung des Endtermins ist offenbar als die Emphyteusis oder die Superficies wieder aufhebendes pactum adjectum zur Bestellung derselben aufgefaßt. Da die Emphyteusis und die Superfizies durch bloßen Vertrag bestellt werden,[273]) können sie auch durch

zu reden, sondern von einem Pfandrecht, bei dessen Bestellung verabredet worden war, ut liceret creditori ornamenta pignori data vendere intra certum tempus.

[273]) cf. Arndts, Gesammelte civilistische Schriften. l. p. 231.

bloßen Vertrag wieder beseitigt werden,[274]) also auch durch ein ihre Beseitigung intentierendes, mit ihrer Bestellung verbundenes, betagtes pactum adjectum. Ehe der Endtermin kommt, ist der Emphyteuta oder Superfiziar wahrer Emphyteuta oder Superfiziar, und kann als solcher auch innerhalb des Rahmens seines emphyteutikarischen oder superfiziarischen Rechtes sich haltende jura in re aliena bestellen. Tritt der Endtermin ein, so verschwinden diese mit seiner Emphyteusis oder Superfizies.[275])

IV.

Endtermin bei der Eingehung von Stipulationen.

Hiervon handeln folgende Stellen:

1. l. 44. § 1. 2. de O. et A.[276])

Paulus libro LXXIV. ad Edictum praetoris.

Circa diem duplex inspectio est; nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. Ex die, veluti: Kalendis Martiis dare spondes? cujus natura haec est, ut ante diem non exigatur. Ad diem autem: usque ad Kalendas dare spondes? Placet autem, ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum: nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi. plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri poterit. Sic et in tradendo si quis dixerit, se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quominus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret.

2. l. 56. § 4. de V. O.

Julianus libro LII. Digestorum.

Qui ita stipulatur: decem quoad vivam dari spondes? con-

[274]) cf. Arndts cit. p. 241.

[275]) cf. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 10. 86. Brinz, Pandekten. p. 1526. und die dort citierten Schriftsteller.

[276]) cf. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. p. 64. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 13. 14. Brinz, Pandekten. p. 1527.

festim decem recte dari petit; sed heres ejus exceptione pacti conventi summovendus est: nam stipulatorem id egisse, ne heres ejus peteret, palam est; quemadmodum is qui usque in Kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post Kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur. Nam et heres ejus, cui servitus praedii ita concessa est, ut quoad viveret, jus eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur.

3. § 3. J. de V. O. 3, 15.

At si ita stipuleris: decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? et pure facta obligatio intelligitur, et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest. Sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.

In diesen drei Stellen ist ganz klar der Endtermin ganz nach Analogie der Resolutivbedingung als ein pactum adjectum zur Stipulation aufgefaßt, das die Befreiung des Schuldners nach Ablauf einer bestimmten Zeit intentiert. Eine vollständige Vernichtung der Obligation kann dadurch nicht erzielt werden, weil eine Stipulation durch ein pactum nicht aufgehoben werden kann. Bei Eintritt des Termins entsteht nur eine wirksame exceptio pacti de non petendo. Eine ganz unhaltbare Hypothese ist es, wenn Scheurl und Czyhlarz[277]) behaupten, daß in Gestalt der sponsio oder fidepromissio ad tempus eingegangene Bürgschaften beim Eintritt des Endtermins ipso jure erlöschen. Der Inhalt einer Bürgschaft, auch wenn dieselbe kraft gesetzlicher Bestimmung nach Ablauf einer bestimmten Frist von selbst erlischt, kann nie durch einen Endtermin genauer fixiert werden, wie allerdings der Inhalt des Ususfructs durch einen Endtermin genauer fixiert werden kann. Eine Analogie zwischen Bürgschaft und Usufruct ist hier durchaus unauffindbar, auch wenn die Bürgschaft ein zeitliches Recht ist.

[277]) cf. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. p. 63. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 11.

V.

Endtermin bei der Anordnung eines Damnationslegats.

Hiervon handelt einmal die soeben citierte l. 44. § 1. de O. et A., deren hierher gehörige Worte lauten:

. . . . . placet autem ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum, nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi;

und ferner die schon mehrfach erwähnte l. 55. de leg. I.:

Pomponius libro IX. ad Sabinum.

Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant, quia nec tempore aut loco aut condicione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.

Es zeigt sich hier eine analoge Auffassung des Endtermins, wie bei Stipulationen. Die Bestimmung des Endtermins wird als fideicommissum liberationis behandelt, das eine exceptio gegen die Klage aus dem Testament erzeugt. Im justinianeischen Recht erlischt eine durch Vermächtniß erzeugte Obligation bei Eintritt eines Endtermins von selbst.

VI.

Endtermin bei Eingehung einer societas und eines Mandats.

Hiervon handeln: 1. l. 1. pr. pro socio.:

Paulus libro XXXII. ad Edictum.

Societas coiri potest vel in perpetuum, id est, dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub condicione.[278])

2. l. 3. de proc.:

Ulpianus libro IX. ad Edictum.

Item et ad litem futuram et in diem et sub condicione et usque ad diem dari potest.

[278]) cf. l. 65. § 6. eod.

Als den Inhalt der societas oder des Mandats charakterisierend kann der dies ad quem nicht aufgefaßt werden; er stellt sich vielmehr dar als betagter Auflösungsvertrag.[270])

VII.

Endtermin bei Eingehung eines nudum pactum.

Hiervon handelt l. 52. § 3. de pact.

Ulpianus libro I. Opinionum.

De inofficioso patris testamento acturis, ut eis certa quantitas, quoad viveret heres, praestaretur, pactus est. Produci ad perpetuam praestationem id pactum postulabatur. Rescriptum est, neque jure ullo neque aequitate tale desiderium admitti.

Es gilt hier das gleiche, wie in Betreff eines einer societas oder einem Mandat beigefügten Endtermins.

VIII.

Endtermin bei Einräumung eines precarium.

Hiervon handelt l. 12. pr. de prec.

Celsus libro XXV. Digestorum.

Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in Kalendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.

In dieser Stelle wird lediglich constatiert, daß die Hinzufügung eines Endtermins zu einem precarium als zu einem beliebig kündbaren Verhältniß keinen Sinn hat.

IX.

Endtermin bei Erbeseinsetzungen.

Ein Endtermin ist bei Erbeseinsetzungen nur im Soldatentestament möglich; dieß constatiert

[270]) Anders Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 10. 11.

1. l. 15. § 4. de test. mil.

Ulpianus libro XXXXV. ad Edictum.

Miles et ad tempus heredem facere potest et alium post tempus vel ex condicione vel in condicionem.

2. l. 41. eod.

Tryphoninus libro XVIII. Disputationum.

Miles ita heredem scribere potest: Quoad vivit Titius, heres esto; post mortem ejus, Septicius. Sed si ita scripserit: Titius usque ad annos decem heres esto, nemine substituto, intestati causa post decem annos locum habebit. Et quia diximus ex certo tempore, et usque ad certum tempus milites posse instituere heredem, his consequens est, ut antequam dies veniat, quo admittatur institutus, intestati hereditas deferatur. Et quod in bonorum portione ei licet, hoc etiam in temporis spatio, licet non modicum sit, ex eodem privilegio competat.

3. c. 8. de test. mil.

Imp. Gordianus A. Aeterno militi.

Certi juris est, militem ad tempus etiam heredem instituere posse.

Die Setzung des Endtermins wird hier als eine zweite Willenserklärung aufgefaßt, wodurch die Erbeseinsetzung vom Augenblick des Eintritts des Endtermins an wirkungslos wird.[280])

X.

Endtermin bei der testamentarischen Ernennung eines Tutors.

Die Stellen, welche von der testamentarischen Bestellung eines Tutors ad tempus reden, constatieren lediglich, daß der Tutor bei Eintritt des Endtermins aufhöre, Tutor zu sein. Der Grund für diese Bestimmung ist wohl darin zu erblicken, daß man dafür, daß

[280]) cf. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung. p. 12.

der Tutor Tutor bleibe, die Fortdauer des ihn ernennenden Willens des Teſtators für nothwendig erachtete; er alſo mit Fortfall dieſes Willens aufhörte, Tutor zu ſein.[281])

Die bezüglichen Stellen ſind folgende:

1. l. 8. § 2. de test. tut.

Ulpianus libro XXIV. ad Sabinum.

Tutorem autem et a certo tempore dare, et usque ad certum tempus licet, et sub condicione, et usque ad condicionem.

2. § 2. 5. J. quib. mod. tut. 1, 22.

Sed et si usque ad certam conditionem datus sit testamento, aeque evenit, ut desinet esse tutor existente condicione.

§ 5. Praeterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.

3. l. 14. § 5. de tut.

Ulpianus libro XXXVII. ad Sabinum.

Sed et si ad certam condicionem datus sit, aeque evenit, ut desinat esse tutor existente condicione.

XI.

Endtermin bei einer Adoption.

In einer Stelle wird eine datio in adoptionem mit einem Endtermin erwähnt, nämlich in der l. 34. de adopt. Der in adoptionem dans will hier die patria potestas post tempus nicht zurückerhalten, ſondern ſie ſoll einem dritten übertragen werden.

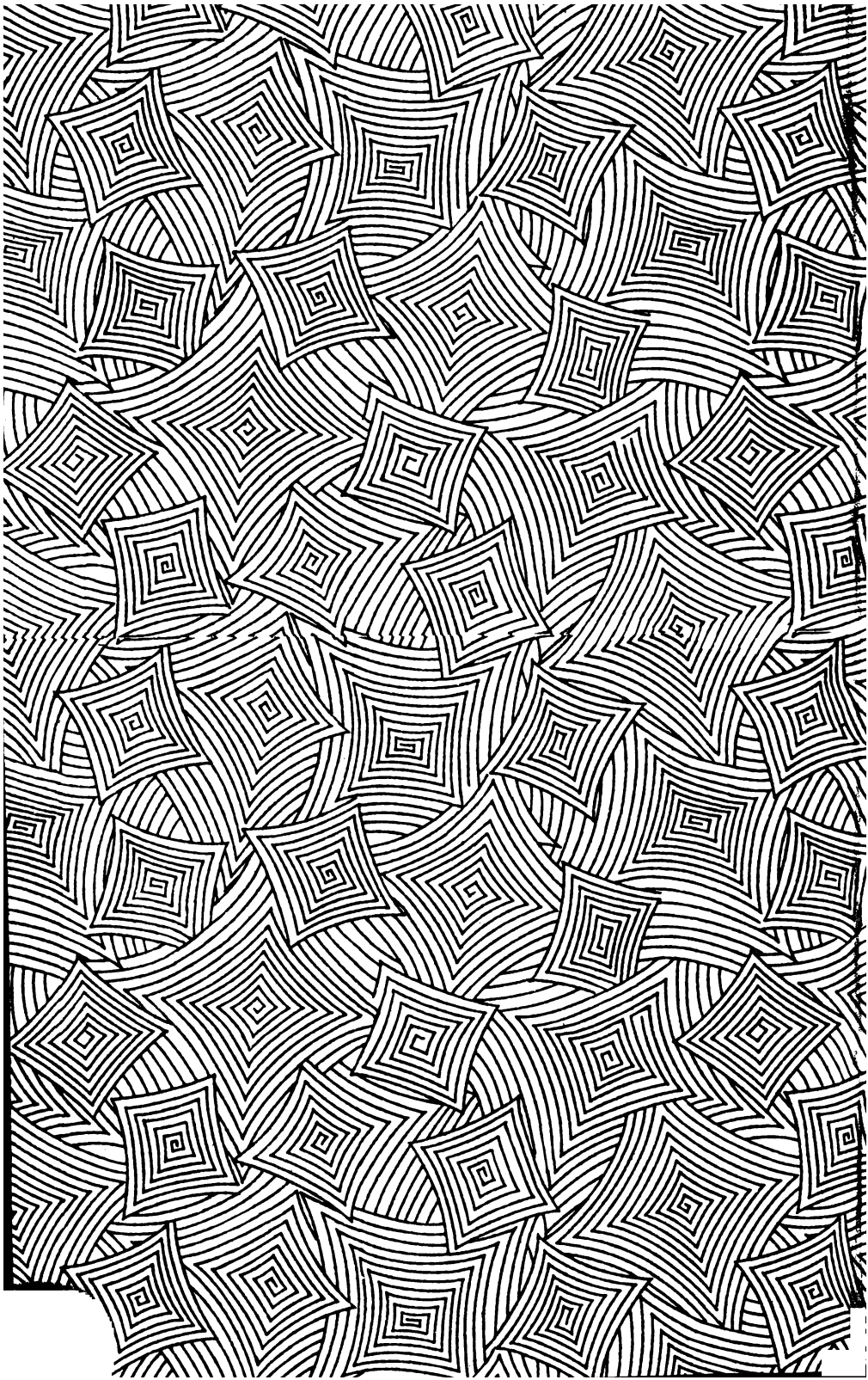
Paulus libro XI. Quaestionum.

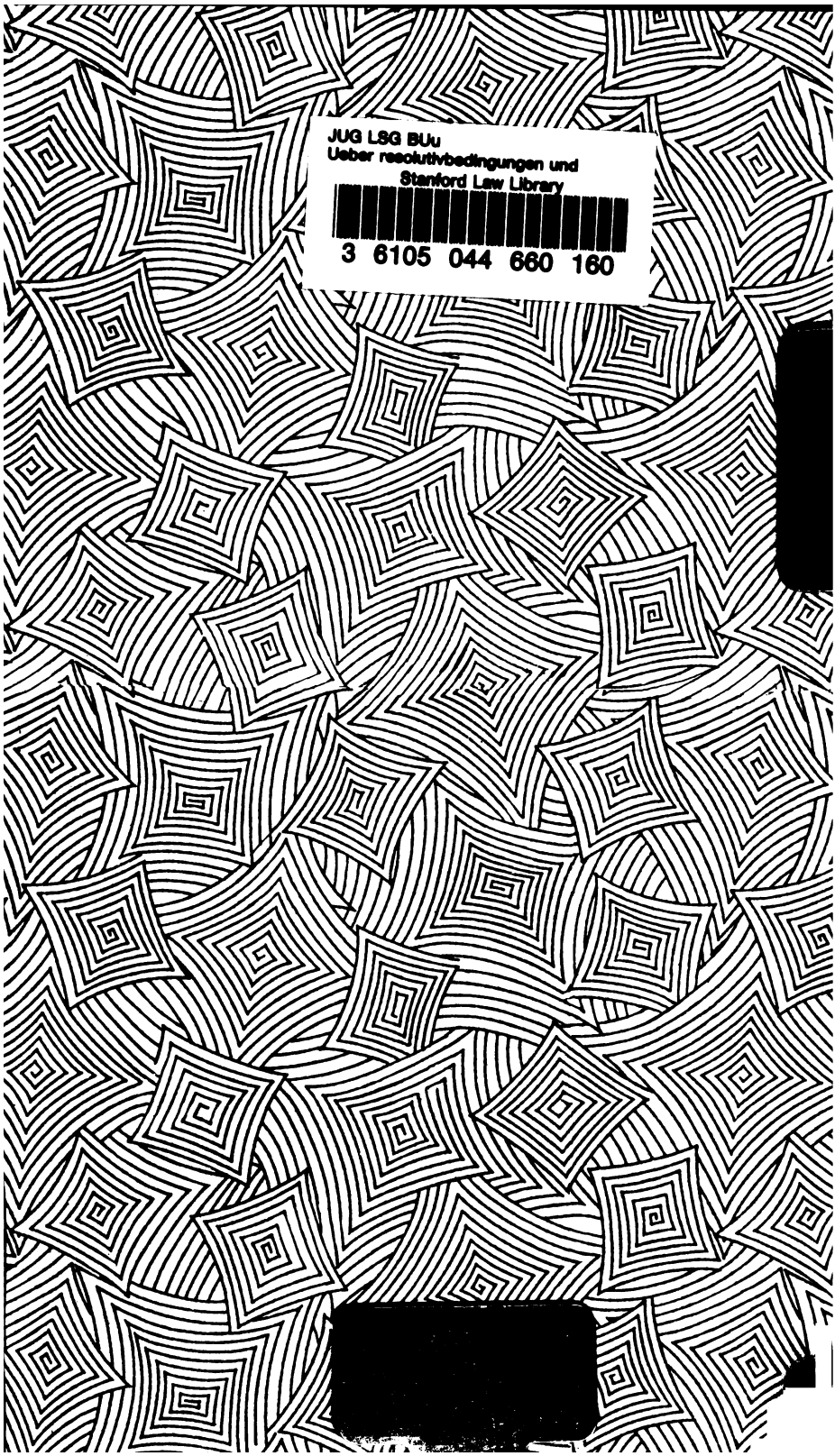
Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium puta eundem mihi in adoptionem des, an actio ulla sit. Et Labeo putat, nullam esse actionem, nec enim moribus nostris convenit, filium temporalem habere.

Es wird hier die Unzuläſſigkeit einer adoptio in diem conſtatiert.[282])

[281]) Anders Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung. p. 13.

[282]) cf. Enneccerus, Ueber Begriff und Wirkung der Suſpenſivbedingung. p. 52. 53. Czyhlarz, Zur Lehre von der Reſolutivbedingung. p. 21.




JUG LSG BUu
Ueber resolutivbedingungen und
Stanford Law Library
3 6105 044 660 160